Die Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte nach gemeinem Rechte und bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Hugo Goldberg

Referendar aus Bremen.

AGAD
LUBD.BAT.
BIBL.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Disposition.

Einleitung:

Begriff und Wesen der Gewährleistung. — Begrenzung der Aufgabe . . . . . § 1.

Haupteil:

Die Schenkung schlechthin.

Kapitel I. Das römische und gemeine Recht.

I. Voraussetzungen der Gewährleistung wegen Rechtsmängel im Allgemeinen § 2.

II. Die Verpflichtung des Schenkers zur Rechtsgewährleistung im Besonderen.

1. Historischer Überblick über die bestehenden Ansichten . . . . . § 3.

2. Die rein vernunftmässige Begründung der 3 Ansichten . . . . . § 4.

3. Ihre Quellenmässigkeit

a) Die Ansicht Duarens . . . . . § 5.

aa. l. 18 § 3 D de don. 39,5.—
c. 2 C de ev. 8,44.—
l. 48 D de rei vind. 6,1.—
l. 131 D de verb. oblig. 45,1.

bb. c. 2 C de ev. 8,44 in Verbindung mit Pauli Rec. Sent. Lib.V tit. 11 § 5.—
cc. l. 62 D de aed. ed. 21,1.—

b) Die Ansicht der Glossatoren und Bekkers . . . . . § 6.
aa. c. l. C. de jure dot. 5,12.—
bb. Die Ausführungen Bekkers.

c) Die herrschende Ansicht . . . . § 7.
aa. l. 45 u. l. 46 D de leg. 1°.—
bb. l. 18 § 3 D de don. 39,5.—
c. 2 C de ev. 8,44.—
l. 48 C de rei vind. 6,1.—
(1. 131 D de verb. oblig. 45,1).—

d) das Resultat . . . . . § 8.

4. Das Gemeine Recht . . . . . § 9.

5. Umfang der Rechtsgewährleistungspflicht beim Schenkungsversprechen einer Genussache . . . . . § 10.

Kapitel II: Das BGB.

I. Das Prinzip . . . . . § 11.

II. Schenkung eines Gegenstandes aus den Beständen des Schenkers (§ 523 Abs. I BGB.) . . . . . § 12.

III. Schenkungsversprechen eines erst zu erwerbenden Gegenstandes (§ 523 Abs. II BGB.) . . . . . § 13.

IV. Kritik. (im Hinblick auf das ältere Recht) § 14.

Anhang:

Die Abarten der Schenkung.

I. Die donatio remuneratoria und der § 534 BGB. . . . . § 15.
II. Die Schenkung mit Auflage . . . . § 16.
III. Die Schenkung von Todeswegen . . § 17.

Literatur-Verzeichnis.

(Die im Texte verwandten Abkürzungen der Buchtitel sind — soweit sie nicht lediglich in dem Namen des betreffenden Verfassers bestehen — durch Klammern bezeichnet).

Carpzov, Jurisprudentia forensis Romana Saxonica, Pars II Constitutio 34.

Koch, Recht der Forderungen, Band II. Berlin. 1859. (Koch II).

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., von Kipp. Frankfurt a. M. 1900.

Dernburg, Pandekten, Band II. Berlin. 1900. (Dernburg oder Dernburg P.)

Savigny, System des römischen Rechts, Bd. 4. Leipzig 1841.

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht. Leipzig.

Vangerow, Pandekten. Marburg.

Sintenis, Zivilrecht, Band 2. Leipzig 1861.

Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts, Band 3. Leipzig.

Unterholzner, Römische Lehre von den Schuldverhältnissen (herausgegeben von Huschke). Band 2. Leipzig 1840.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Erlangen.

Baron, Pandekten. Leipzig 1885.

Glück, Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, Band 20.

Thibaut, Zivilistische Abhandlungen, No. 4. Heidelberg 1814.

Bekker, in Bekkers und Muthers Jahrbüchern für gemeines deutsches Recht, Band 6, Seite 245 fg.

Liebe, in Weiskes Rechtslexikon, Band 4, Artikel über „Gewährleistung".

Salkowsky, in Glücks Pandektenkommentar, Band 49.

Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums. Halle 1874.

Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationsrecht. Braunschweig.

Bachofen, Römisches Pfandrecht. Basel.

Schliemann, Haftung des Zedenten. Rostock 1850.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Band 2. (Die Schuldverhältnisse). Halle 1899. (Dernburg BGB.)

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899/1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf Grundlage des BGB., Band 1 und Band 2. Jena 1899 (Cosack I) und 1900 (Cosack II).

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II, 1. Tübingen und Leipzig 1902.

Planck, Das BGB. nebst Einführungsgesetz. Berlin 1900.

Fischer-Henle, Das BGB. nebst dem Einführungsgesetze. München 1900.

Meisner, Kommentar zum BGB. nebst dem Einführungsgesetze. Breslau 1900.

Oertmann, Kommentar zu den Schuldverhältnissen des BGB. Berlin 1899.

Weyl, Vorträge über das BGB. für Praktiker. München 1898/99.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1897.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Reatz, Gutachten aus dem Anwaltsstande.

Blohm, Eviktionsleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen, Dissertation. Göttingen 1891.

Metz, Haftung für Eviktion bei Schenkung und Vermächtnis. Ein Beitrag zur Lehre von der Eviktion, Dissertation. Bonn 1895.

Fabian, Die Gewährleistungspflicht des Schenkers. Nach römischem und gemeinem Recht, sowie

dem Recht des BGB., Dissertation. Königsberg i. Pr. 1899.

Motive zum Entwurf eines BGB., Band 2 (Mot. II) und Band 5 (Mot. V).
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB. (Prot. II).
} in der Ausgabe von Mugdan: Die ges. Materialien zum BGB.

Die Dissertation von Koch „de evictione in donatione non indistincte praestanda“ aus dem Jahre 1756 (Koch I oder Koch) war mir leider nicht zugänglich.

Einleitung.

§ 1.

Begriff und Wesen der Gewährleistung. Begrenzung der Aufgabe.

Unter Gewährleistung versteht man die Verpflichtung, für die vertragsmässige Beschaffenheit eines geleisteten Gegenstandes einzustehen. Jenachdem es sich um die rechtliche oder die sonstige Beschaffenheit der Sache handelt, unterscheidet man zwischen der Gewährleistung wegen Rechtsmängel und derjenigen wegen Sachmängel. Wir haben es hier nur mit der ersteren zu tun.

Diese erklärt sich aus dem allgemeinen Rechtsgedanken, demjenigen, dem etwas auf Grund eines Schuldverhältnisses geleistet worden ist, die Möglichkeit zu gewähren, die Einbusse, die sein Vermögen infolge der mangelhaften rechtlichen Beschaffenheit der Leistung erlitten hat, auf den dazu Nächsten, nämlich den Bewirker der mangelhaften Leistung, abzuwälzen.

Das römische Recht hat die Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Rechtsmängel nicht für sämtliche

Geschäfte nach einheitlichen Prinzipien geregelt. Allgemein anerkannt und im Zusammenhange erörtert wird diese Verpflichtung überhaupt nur beim Kaufe.

Bei allen anderen Geschäften geben uns die Quellen keinen einwandfreien Aufschluss über die Frage, ob und wann eine Gewährleistung wegen Rechtsmängel anzunehmen sei. Wir sind daher teils auf die Interpretation von Quellenstellen, teils auf die Untersuchung des juristischen Charakters, der den einzelnen Geschäften durch das römische Recht beigelegt wird, angewiesen.

Ganz besonders im Hinblick auf den letzteren Umstand zweifelhaft erscheint die Verpflichtung zur Rechtsgewährleistung bei den Geschäften ex lucrativa causa, und von diesen wieder bei der Schenkung. Das Bedenkliche liegt darin, dass, während es sich bei den onerosen Geschäften um reine Verkehrsgeschäfte handelt, bei denen Leistung und Gegenleistung einander gegenüberstehen und beeinflussen, den lukrativen Geschäften in dem liberalen Moment ein den Rückgriff wegen Rechtsmängel hindernder Faktor innezuwohnen scheint, was von der Schenkung in noch höherem Masse gilt, als von den ebenfalls zu den Geschäften ex lucrativa causa zählenden Legaten, da bei letzteren die Einschiebung eines Zwischengliedes in Gestalt des Erben als Zurücktreten des liberalen Momentes angesehen werden kann. Auf der anderen Seite hat aber auch der Gedanke einer Rechtsgewährleistung ohne Rücksicht auf die dem Geschäfte zu Grunde liegende causa manches für sich, besonders, wenn man bedenkt, dass doch jedes Geschäft, sobald es

überhaupt mit Rechtswirkung ausgestattet ist, das Bestreben hat, die Kraft, die das Recht ihm einpflanzte, auch zur Geltung zu bringen.

In der folgenden Darstellung, soweit sie sich zunächst auf das römisch-gemeine Recht bezieht, sind nun, wenn von „Sachen“ (res corporales) ganz allgemein die Rede ist, darunter auch Forderungen zu verstehen. Diese sind aber wiederum für uns nur hinsichtlich ihrer tatsächlichen und rechtlichen Realisierbarkeit von Interesse,[1] nicht auch hinsichtlich ihrer Existenz überhaupt. Das Nichtvorhandensein einer Forderung ist vielmehr ein Fall der Unmöglichkeit einer Leistung.[2]

1) Schliemann · S. 38.
2) Fabian S. 2.

Hauptteil.

Die Schenkung schlechthin.[1]

Kapitel I.

Das römische und gemeine Recht.

§ 2.

I. Voraussetzungen der Gewährleistung wegen Rechtsmängel im allgemeinen.

Drei Phasen sind zu unterscheiden, in denen eine Gewährleistungspflicht wegen Mängel im Rechte überhaupt entstehen kann:

a) die blosse Übertragung eines Nichtrechtes statt eines Rechtes;

b) infolge der Übertragung eines Nichtrechtes beim Erwerber eingetretene Vermögensbeschädigungen der verschiedensten Art:

c) Besitzentziehung durch den wahren Eigentümer im Prozesswege.

1) Im Gegensatze zu den (unten im Anhange zu behandelnden) Abarten der Schenkung.

Die erstgenannte Voraussetzung ist die geringste für die Entstehung eines Anspruchs auf Rechtsgewährleistung. Die Folge ist, dass, wo das Gesetz bereits an die blosse Übertraguug eines Nichtrechtes eine Gewährleistungspflicht des Übertragenden knüpft, in den an zweiter und dritter Stelle genannten Fällen eine solche Verpflichtung umsomehr entstehen muss. Bei dem einzigen Rechtinstitute indes, für welches — wie schon erwähnt — die römischen Quellen die Gewährleistung wegen Rechtsmängel im Zusammenhange geregelt haben, nämlich beim Kaufe, lässt das Gesetz einen Gewährleistungsanspruch regelmässig erst in dem dritten der drei oben genannten Stadien entstehen, d. h. es lässt den Verkäufer in der Regel nur wegen Eviktion haften. Doch wird die Haftung des Verkäufers durch seine Eviktionsverbindlichkeit nicht völlig erschöpft. Eck[1] haben wir den Nachweis zu danken, dass unter gewissen dem Stadium b (s. o. !) angehörenden Umständen der Käufer sich an seinen Auktor halten kann.[2] Dem widerspricht auch nicht der Satz, dass der Kaufvertrag grundsätzlich „auf Verschaffung des Rechts“ gerichtet ist, (wiewohl diese kein unbedingtes Erfordernis beim Kaufe darstellt!)[3] Denn dieser Satz liegt auf einem anderen Gebiete; er beschäftigt sich mit der Frage, wozu der Kaufvertrag von vornherein verpflichtet, während wir es hier mit der Frage zu tun haben, wann die Nichterfüllung der Pflichten des Verkäufers

1) Eck S. 28—39.
2) Windscheid S. 416—418.
3) Windscheid S. 415, Anm. 3.

aus dem Kaufvertrage den Käufer zu einem Rückgriffe auf seinen Vertragsgegner berechtigt. Schliesslich hängt freilich die Beantwortung der letzten Frage wieder von der Beantwortung der ersten ab; denn wenn ich wissen will, wann eine ungenügende Vertragserfüllung hinsichtlich des mir zu gewährenden Masses von Recht mich zum Vorgehen gegen meinen Gegenkrontrahenten befugt, so muss ich zunächst wissen, wann eine diesbezügliche Nichterfüllung der Vertragspflichten überhaupt vorliegt. Beim Verkäufer ist dies z. B. erst der Fall, wenn der Käufer nicht den vollen Eigentumsgenuss erhielt; daher ist also das blosse Fehlen des Eigentumsrechtes hier noch kein Gewährleistungsgrund; aber auch das Fehlen des Eigentumsgenusses ist es — wie gesagt — regelmässig nur im Falle der Eviktion, ausnahmsweise auch bei anderweiter Störung.

Anders bei der Schenkung! Der Schenker hat die Pflicht, soweit ihn eine Haftung überhaupt trifft,[1] den Schenker zunächst unbedingt zum Eigentümer zu machen, ihm ausserdem aber auch den vollen Eigentumsgenuss zu verschaffen. Der Schenker haftet hier folglich schon bei blosser Übertragung eines Nichtrechtes (s. o. Phase 1!). „Denn es ist kein Grund vorhanden, die beschränkte Verpflichtung des Verkäufers, welcher“ (in der Regel!) „nur wegen Entwehrung haftet, auf den Schenker zu übertragen“.[2]

---

1) Ob und wann das der Fall ist, wird noch in Abschnitt II dieses Kapitels untersucht werden.

2) Windscheid S. 349, Anm. 8.

Hinsichtlich der Notwendigkeit einer solchen verschiedenartigen Behandlung von Kauf und Schenkung aber sei vorerst nur kurz bemerkt, dass das klassische römische Recht für das Schenkungsversprechen, bei dem allein überhaupt — wie später noch gezeigt werden wird — eine Haftung wegen Rechtsmängel in Frage kommt, die Stipulationsform erfordert. Der Stipulation entspringt aber stets eine Verpflichtung zum „dare", d. h. zur Rechtsverschaffung. Der Kaufvertrag erzeugt dagegen eine solche Verpflichtung zum „dare" nie; wohl aber hat der Verkäufer das habere licere zu gewährleisten, d. h. dafür einzustehen, dass der Käufer die gekaufte Sache „haben und behalten" könne. Dieses „Behaltenkönnen" ist nun auf zwiefache Weise zu stören: durch Sachmängel und durch Rechtsmängel des Kaufgegenstandes. Den zweiten Fall der Störung bezeichneten die Römer als „Eviktion". Eviktion ist hiernach: die Abstreitung (Entwindung) des Kaufgegenstandes aus den Händen des Käufers (grundsätzlich auf ein rechtskräftiges Urteil hin) durch einen Besserberechtigten, dessen Recht bereits beim Käufer entstanden ist. Um aus dieser Eviktion Rechte gegen seinen auctor (den Verkäufer) herleiten zu können, muss der Käufer diesem ferner noch den Streit verkünden. Jedenfalls ist Voraussetzung der Eviktion, dass dem Käufer der Besitz des Kaufgegenstandes durch Übergabe oder einen ihr gleichstehenden Rechtsakt bereits übertragen war. — Unter „Eviktionsprinzip" verstehen wir hiernach dasjenige System der Rechtsmängelhaftung, nach dem Gewähr zu leisten ist für das Nichtvorhanden-

sein aller solcher Rechte Dritter an dem übergebenen Gegenstande, die das habere licere desjenigen, an den übergeben wurde, zu beeinträchtigen vermögen, nach dem andererseits die Gewährleistungspflicht aber erst dann eintritt, wenn solche Rechte Dritter zu einer Störung, (wobei der Gestörte als Kläger aufzutreten hätte), oder zu einer völligen Vernichtung des habere licere (infolge des Unterliegens des beklagten Verletzten im Entwehrungsprozesse) geführt haben. „Rechtsverschaffungsprinzip" nennen wir hingegen dasjenige System der Rechtsmängelhaftung, nach dem der auctor nur für das Nichtvorhandensein fremden Eigentums (und — nach völlig feststehender Ansicht — gewisser dinglicher Rechte), andererseits aber auch schon infolge der blossen Tatsache der Nichtverschaffung des vollen Rechtes haften muss, ohne dass diese Nichtbeschaffung erst zu sinnfälligen Störungen geführt haben müsste.

Im Folgenden soll nun gezeigt werden, dass dem Schenker nach römischem Rechte, soweit man ihn überhaupt wegen Rechtsmängel haften lassen will, **grundsätzlich** eine Rechtsverschaffungspflicht und erst in zweiter Linie eine (bezüglich der etwa „hervortretenden Rechte Dritter, aber auch bezüglich der Art des Hervortretens solcher Rechte [1] weitergehende) Eviktionsverbindlichkeit obliegt.

Zuvor sei indes noch bemerkt, dass die umfangreiche Litteratur über die Frage, ob und wann der Schenker zur Rechtsgewährleistung verbunden sei, und

---

1) Bekker S. 264.

besonders die ältere, Rechtsverschaffungs- und Eviktionsprinzip keineswegs immer scharf auseinanderhält: es wird nämlich vielfach — wohl im Gedanken an die Eviktionspflicht des Verkäufers — von einer Haftung des Schenkers „wegen Eviktion" gesprochen, wo es sich um eine Rechtsverschaffungspflicht handelt oder die Verpflichtung zur Rechtsgewährleistung (die Haftung wegen Rechtsmängel) überhaupt gemeint ist, und so die völlige Verschiedenheit des Rechtsgrundes und damit des Wesens beider Haftungsprinzipien verdunkelt.[1]

Wir kommen nun zu der Besprechung der Frage, ob und wann der Schenker wegen Rechtsmängel haftet.

II. Die Verpflichtung des Schenkers zur Rechtsgewährleistung im Besonderen.

§ 3.

1. Historischer Uberblick über die bestehenden Ansichten.

2) Die älteste der drei Meinungen, die sich wegen der Verpflichtung des Schenkers zur Rechtsgewährleistung gebildet haben, fand — ausgehend von

---

1) Dieser Ungenauigkeit des Ausdrucks in der einschlägigen Litteratur Rechnung tragend, werde ich in der folgenden Darstellung die Worte „Eviktion", „Eviktionsverbindlichkeit", „evinzieren" u. s. w., soweit sie nach der hier vertretenen Auffassung auf einem falschen Sprachgebrauche beruhen, durch Anführungsstriche kenntlich machen.

2) Die hier folgende historische Übersicht folgt der Darstellung von Glück S. 237 ff und Koch II S. 407—408 (Anm. 24).

Azo[1] ihre Hauptanhänger unter den Glossatoren. Obschon von Juristen wie Bartolus und zuletzt noch Carpzov[2] denkbar vorteilhaft verteidigt, war sie doch nicht im Stande, sich in späteren Jahrhunderten gegen ihre Feinde zu behaupten: Es war allmählich still von ihr geworden, bis in unseren Tagen Bekker[3] sich der halb und halb Vergessenen annahm und sie durch Auffrischung der alten Gründe und die Herbeischaffung von einigem neuen Beweismaterial wieder konkurrenzfähig machte. Den Kern ihrer Lehre bildet die Unterscheidung zwischen donatio dando und promittendo hinsichtlich der Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen Rechtsmängel; während man hier eine solche Verpflichtung anerkannte, hat man sie dort verneint, und zwar gestützt auf die Erwägung, dass in dem Versprechen etwas schenken zu wollen ein Verpflichtungsgrund zu erblicken sei; der einem solchen Versprechen zu Grunde liegenden Verpflichtung sei aber der Schenker erst dann nachgekommen, wenn er im Verfolg seines Versprechens eine Sache geliefert habe, die der Beschenkte auch behalten könne. Jede andere Leistung sei demnach belanglos und berechtige den donator, weiter auf Erfüllung zu bestehen. Dagegen werde bei der donatio dando, d. h. der Schenkung, die mit der Vollziehung in die Erscheinung trete, keinerlei Verpflichtung seitens des Schenkers übernommen; hier sei infolgedessen auch, (abgesehen von den Fällen, wo der Schenker

1) S. aber Bekker S. 251.
2) Carpzow Part. II. Const. 34 definit. 23 (S. 637).
3) Bekker S. 245—261.

arglistig handle oder sich zur Gewährleistung wegen Eviktion besonders verbindlich mache), von einer Rechtsgewährleistungspflicht nicht zu reden.

Diese Anschauung blieb bereits zur Zeit der Glossatoren nicht unangefochten. Doch war es erst Franz Duaren vorbehalten, durch seinen „Kommentar ad L. 2 Cod. de euictionibus“ (pag. 1216—1217) vom Jahre 1592 den Widerstand gegen die Glosse in feste Formen und die von ihm vertretene Ansicht zu Ansehen gebracht zu haben. Duarens Meinung wurde im 18. Jahrhundert nur zeitweise durch das Emporkommen der 3. Theorie etwas zurückgedrängt, hat aber sonst in allen Jahrhunderten, und sogar neuerdings wieder, unter den namhaftesten Rechtsgelehrten ihre Befürworter gefunden.[1] Nach ihr steht eine Eviktionsverbindlichkeit des Schenkers durchaus im Widerspruche mit dem lukrativen Charakter der Schenkung und ist deshalb, falls nicht besondere Gründe — wie Arglist und ausdrückliche Zusage — eine Haftung rechtfertigen, jedenfalls zu verwerfen. Die Übereinstimmung mit den Glossatoren liegt also darin, dass dem Donatar bei der donatio dando ein Eviktionsanspruch hier wie dort versagt wird; nur die Wege zu diesem Ziele sind verschieden, wie sich aus dem Gesagten ergibt.

Der historischen Vollständigkeit halber sei hier noch einer Gruppe von Rechtslehrern gedacht,[2] die —

1) Thibaut S. 48—64. Koch II S. 406—10. Unterholzner S. 523—24. Schilling S. 936 39; 942—44. Dernburg S. 293—4. Savigny S. 121—22. Brinz S. 334—7; ausserdem Blohm.

2) Näheres s. bei Glück S. 241—246.

allerdings nur mit geringem Erfolge — von dem Satze der totalen Ablehnung jeder „Eviktionsverbindlichkeit“ des Schenkers wenigstens für die donatio remuneratoria, d. i. die belohnende Schenkung („wegen der Verdienste des Beschenkten um den Geber oder auch um Dritte oder das Allgemeine“ [1]) mit Rücksicht auf deren besondere Natur eine Ausnahme machen wollte. Uns interessiert hier vorläufig nur die reguläre Schenkung. Bezüglich dieser bildete sich, seitdem der Kanzler Johann Christoph Koch durch seine Inaugural-Dissertation „de evictione in donatione non indistincte prästanda“ (1756) [2] Stellung zu unserer Frage genommen hatte, eine dritte Ansicht mehr und mehr zur herrschenden heraus, als die sie auch heute noch gilt. [3] Für sie kommt es bei der Frage nach dem „Eviktionsanspruch“ des Beschenkten auf die Art der geschenkten Sache an: ist diese nämlich eine Gattungssache, m. a. W. besteht das Geschenk in einer Sache, die nicht näher als durch Angabe der Gattung, der sie zu entnehmen ist, (vor allem also nicht individuell) bezeichnet wird, so soll der Schenker zur weiteren Haftung wegen Rechtsmängel verbunden sein. Den Grund hierfür findet Koch in der besonderen Natur der obligatio generis, bei der die einzelne Sache (species) immer nur in solutione, in obligatione, dagegen das ganze genus sei. Solange also der

1) Dernburg P. S. 292.

2) Als Entwurf 1754 zu Jena; in 2. Auflage 1774 zu Giessen.

3) Glück S. 237—268. Vangerow S. 336—338. Sintenis S. 546. Baron S. 125 (397—98). Windscheid S. 347; 348—49. Puchta S. 206—7. Mommsen S. 72—75. Liebe S. 826—27. Schliemann S. 38. Ausserdem Metz und Fabian.

Schenker nicht eine Sache geliefert habe, „welche der Donatar haben und behalten“[1] könne, sei überhaupt noch nicht erfüllt und müsse also noch erfüllt werden. Sei dagegen eine Spezies Gegenstand der Schenkung, so liege für den Schenker in der Hingabe des Individuums die Befreiung von jeder Verbindlichkeit. Sei dieses mit Rechtsmängeln behaftet (werde es „evinziert“), so liege zwar eine mangelhafte Erfüllung, aber doch immerhin eine Erfüllung vor. Zwischen der donatio dando und der obligando wird nach dieser Ansicht so wenig unterschieden, wie nach der Duarens. Indes ergibt sich daraus, dass eine donatio generis stets nur obligando möglich ist (denn man kann — will man juristisch korrekt sprechen — wohl sagen: „ich verspreche dir ein Buch!“, nicht aber: „hier schenke ich dir ein Buch!“, sondern nur: „hier schenke ich dir dies Buch!“)[2], eine donatio speciei dagegen sowohl in der Form des Schenkungsversprechens als auch der sofort vollzogenen Schenkung vorkommen kann („ich **verspreche** dir dies Buch!“ **und**: „**hier** schenke ich dir dies Buch!“), wieder ein Gegensatz zwischen donatio dando und obligando, da diese — weil bald Genus-, bald Speziesschenkung — eine Rechtsgewährleistungspflicht des Schenkers bald begründet, bald nicht, bei jener dagegen — die ja stets donatio speciei ist — der Schenker nie wegen Rechtsmängel haftet. Der Unterschied zwischen der donatio dando und der donatio promittendo ist hier also erst

1) Glück S. 250.
2) Metz S. 13.

sekundär, — eine Folge des Gegensatzes zwischen Spezies- und Genusschenkung; bei der Glosse steht er in erster Linie. Daraus erklärt sich auch, dass die regelmässige Verneinung einer Haftung des donator dando nach der Koch'schen Ansicht auf ganz besonderen von denen der beiden anderen Meinungen völlig verschiedenen Gründen basiert.

Eine dritte Art von Schenkungen, die Koch noch in der der von ihm sogenannten „donatio mixta" gefunden haben will und die er dahin definiert, dass der Bereich, aus dem der Schenker zu leisten habe, auf eine Quantität bezw. einen Inbegriff von Sachen innerhalb einer Gattung beschränkt sei, ist begrifflich von der donatio generis nicht scharf zu trennen und wird daher von uns nach den gleichen Regeln wie diese behandelt.

§ 4.

2. Die rein vernunftmässige Begründung der drei Ansichten.

Die Frage, in deren Besprechung nunmehr einzutreten wäre und die den Schwerpunkt dieser Ausführungen bilden soll, nämlich: „Wie bestehen die drei genannten Ansichten vor den Rechtsquellen?" lässt sich meines Erachtens am besten übersichtlich und klar beantworten, wenn man eine der drei Ansichten zum Ausgangspunkte nimmt. Welche von ihnen es sein soll, darf aber weder in einer den künftigen Erörterungen vorgreifenden noch in rein

willkürlicher Weise entschieden werden; vielmehr soll es darauf ankommen, auf welcher Seite die gewichtigsten Vernunftsgründe liegen, mit anderen Worten, welche Ansicht dem natürlichen Rechtsbewusstsein am nächsten liegt, der Natur der Sache am besten gerecht wird und damit auch die grösste Wahrscheinlichkeit bietet, dass sie sich mit den Bestimmungen der römischen Gesetze decke.

Zwei einander widerstreitende Prinzipien sind für eine richtige Beurteilung dieser Frage von ganz besonderer Wichtigkeit; das Bestreben, sie in angemessener Weise gegeneinander auszugleichen, ist denn auch der rote Faden, der die gesamte Litteratur unserer Streitfrage durchzieht: Auf der einen Seite gilt es, dem Beschenkten zum vollen Genusse dessen zu verhelfen, was ihm der Schenker ursprünglich zugedacht hat, m. a. W. den Schenker anzuhalten, den von ihm geplanten Erfolg auch wirklich durchzuführen; auf der anderen Seite steht die Rücksicht auf den lukrativen Charakter der Schenkung und die durch sie gebotene Schonung des donator, „ne . . liberalitatis suae. poenam patiatur".[1] Ganz einseitig von dem letztgenannten Gesichtspunkte geht Duaren nebst seinen Anhängern aus. Diese berufen sich dabei vor allem auf die Abneigung der Römer gegen indelikate Forderungen;[2] eine solche liege aber vor, wenn der Beschenkte seinen Wohltäter auf „Eviktionsleistung" verklagen könne; denn ein derartiges Vorgehen verstosse gegen alle Dankbarkeit — eine Tugend, auf die der Römer besonders ge-

1) l. 62 D. de aed. ed. 21,1.
2) Thibaut S. 54–56.

halten habe.[1] Dass man im alten Rom Forderungen, die „gegen die guten Sitten verstiessen", die rechtliche Giltigkeit versagte, sei ebenso zugegeben, wie die besonders starke Empfindlichkeit des Römers gegen Undankbarkeit. Indes wäre es nicht eine Überspannung des Zartgefühls, daraus mit Thibaut herleiten zu wollen, dass der Schenker nie wegen Rechtsmängel hafte? „Hat der Schenker mit der Übergabe seiner Verbindlichkeit Genüge getan", so mag er befreit sein. Das ist aber nicht der Fall, „wenn der Schenker bei einer donatio generis eine Sache tradierte, welche dem Beschenkten evinziert worden ist: quia non videtur dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis. Wollte man hier dem Beschenkten die Klage versagen, so würde das eben so viel sein, als die Klage auf Erfüllung der Schenkung für unstatthaft erklären".[2] Thibaut und die übrigen Anhänger der Duaren'schen Ansicht übersehen eben völlig, dass auch das Interesse des Beschenkten nicht ganz vernachlässigt werden darf. Wenn wir ihrer Meinung daher nicht beitreten, so geschieht das aus folgender Erwägung heraus: Sobald dem Donatar das Geschenk übergeben oder rechtsgiltig versprochen worden ist, bildet es einen Bestandteil seines Vermögens, mit dem er rechnet. Müsste er nun (mindestens bis zum Ablaufe der Ersitzungsfrist nach Übergabe der Sache) in einer beständigen Furcht vor dem besseren Rechte eines Dritten an der geschenkten Sache, dessen Geltendmachung dem seinigen gefährlich werden könnte,

1) Thibaut S. 55, Anm. 17 (s. auch Anm. 15 u. 16).
2) Glück S. 266—67.

leben, ohne dass er berechtigt wäre, sich an seinen (gutgläubigen!) auctor zu halten, so bedeutete das eine für den Verkehr sehr bedenkliche Rechtsunsicherheit, die sonst nicht in der Tendenz des Rechtes (man denke nur an die Verjährung) liegt. Vor allem aber befindet sich der Donatar in einer wenig beneidenswerten Lage, die auch den Intentionen des Schenkers, dem es doch darum zu tun war, eine Wohltat zu erweisen, nicht entsprechen dürfte. Ist also hier der Donatar all zu schlecht gestellt, so wäre es umgekehrt der Donator, wollte man diesen stets wegen Rechtsmängel haften lassen. Es würden dann dem Schenker so schwere Nachteile aus seiner Freigebigkeit erwachsen, dass jeder sich scheuen müsste, etwas zu verschenken. Dieser Standpunkt ist denn bisher auch noch von keiner Seite vertreten worden. Wohl aber soll es nach einer Ansicht (den Glossatoren und Bekker) auf die Formen der Schenkung ankommen, indem bei einer derselben, nämlich bei der donatio promittendo, der Schenker beim Vorhandensein von Rechtsmängeln noch nicht befreit sei, wohl aber bei der donatio dando; und nach einer anderen (der herrschenden) Meinung sollen die Arten der geschenkten Sachen ein Kriterium für die „Eviktionsverbindlichkeit“ des Schenkers abgeben, indem bei der Schenkung von Gattungssachen der donator wegen Rechtsmängel zu haften habe, bei der Schenkung von Speziessachen dagegen nicht. Zwischen diesen beiden Möglichkeiten hätten wir also zu wählen.

Beide Richtungen stimmen zunächst überein in der Behandlung der donatio dando, aus der eine Haftung

wegen Rechtsmängel nie entspringen soll: Wer durch sofortige Hingabe des Geschenkes schenkt, der verpflichtet sich zweifellos zu nichts. „Wo vor dem Geben eine Verpflichtung zum Geben nicht bestand, besteht auch, nachdem die Erfolge des Gebens durch Eviktion vernichtet sind, eine Verpflichtung zu weiterer Leistung nicht.“ [1] In der Hingabe des Geschenkes erschöpft sich der ganze rechtlich relevante Wille des Schenkers; und es ist nur ein anderer Ausdruck für diese Tatsache, wenn von einigen Schriftstellern [2] gesagt wird, der donator dando übernehme eine sozusagen totgeborene Verpflichtung, eine Verpflichtung, die durch die schenkweise Hingabe des betreffenden Gegenstandes entstehe und auch wieder erlösche.

Allein während nun von der Bekker'schen Richtung durch argumentum e contrario aus dem Fehlen einer Rechtsgewährleistungspflicht bei der donatio dando infolge des Fehlens einer Verpflichtung auf das Vorhandensein einer Gewährleistungspflicht infolge des Vorhandenseins einer Verpflichtung bei der donatio promittendo geschlossen wird, bestreitet die herrschende Ansicht die Richtigkeit dieses Schlusses auf das allerentschiedenste. Sie stützt sich, ohne zu verkennen, dass die Stipulationsform des Schenkungsversprechens an sich allerdings eine Verpflichtung zum dare, d. h. zur Rechtsverschaffung, bedingt, vor allem darauf, dass äussere Form und inneres Wesen eines Rechtsverhältnisses auf die Dauer nicht im Widerstreit mit einander stehen können, dass

1) Bekker S. 246.
2) z. B. Fabian S. 3—4.

vielmehr eine solche Dissonanz von Form und Wesen alsbald mit einer Unterordnung der ersteren unter das letztere endigen müsse. Beim Schenkungsversprechen bestehe dieser Zwiespalt darin, dass die Stipulationsform eine gleichmässige Behandlung aller Schenkungsversprechen in dem Sinne verlange, dass der promissor donationis stets auf dare, auf Rechtsverschaffung, haften müsse, während dem Wesen der Schenkung eine solche gleichmässige Behandlung aller Schenkungsversprechen zuwiderlaufe. Die innere Natur der Schenkung verlange vielmehr, dass man zwischen Schenkungen von nur der Gattung nach bestimmten (Genusschenkungen) und von individuell bestimmten Gegenständen (Speziesschenkungen) unterscheide: dort müsse eine Haftung des Schenkers wegen Rechtsmängel Platz greifen, hier dürfe sie es nicht. — Dass diese Ansicht tatsächlich diejenige ist, die der Natur der Sache am besten gerecht wird, ergibt sich daraus, dass sie allein den billigen Ausgleich zwischen den Interessen des Schenkers und denen des Beschenkten ermöglicht, der — wie wir bereits gesehen haben — die Quintessenz der ganzen Streitfrage ausmacht. Indem sie nämlich den Schenker eines genus wegen Rechtsmängel haften lässt, den Schenker einer species nicht, macht sie dem Interesse des Beschenkten eine Konzession, die nicht zu umgehen ist, soll anders nicht die Klagbarkeit des Schenkungsversprechens überhaupt illusorisch werden; andererseits wird aber nach dieser Ansicht auch der Schenker nicht ungebührlich belastet: Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zu schenken verspricht, der tut nur das, wozu er sich

ursprünglich verpflichtet hat, wenn er dem Beschenkten wegen Eviktion haftet. Gilt doch „eine generische Obligation nicht als erfüllt, wenn eine fremde Sache zur Erfüllung gegeben ist. Denn das generisch bestimmte Objekt tritt erst mit der Erfüllung aus der Form der generischen Bestimmtheit heraus".[1] Wird die zunächst geleistete Sache evinziert, so wird es so angesehen, als wäre diese Leistung garnicht erfolgt; mithin „muss" der Schenker „nunmehr" erst „erfüllen".[2] Die Eviktionsleistung des Schenkers bei der donatio generis deckt sich also mit seiner Erfüllung; nicht aber stellt sie an ihn besondere Anforderungen n a c h geschehener Erfüllung.

Ganz anders verhält es sich mit der Eviktionsleistung bei einer Speziesschenkung. „Hier ist im Zweifel anzunehmen, dass der Schenker das Eigentum nur für den (von ihm freilich als bestimmt angenommenen) Fall, dass ihm dasselbe zusteht, dem Beschenkten hat zusagen wollen."[3] „Der ganze Umfang der Obligation beschränkt sich also auf das bestimmte Individuum."[4] Besonders augenfällig tritt das bei der donatio dando zu Tage, bei der also aus doppeltem Grunde eine Rechtsgewährleistungspflicht ausgeschlossen ist: einmal wegen des Fehlens einer Verpflichtung und ferner, weil eine donatio dando stets Speziesschenkung ist (s. oben S. 26/27).

So ergibt sich denn, dass nicht nur das Interesse des Beschenkten, sondern auch die besondere Natur

1) Fabian S. 26.
2) Baron S. 125.
3) Mommsen S. 45.
4) Glück S. 249.

der Genusschuld zu einer Teilung in donatio generis und donatio speciei hinsichtlich der Verpflichtung des Schenkers zur Rechtsgewährleistung förmlich zwingt. Wenn nun trotzdem von gegnerischer Seite[1] gegen die Koch'sche Meinung der Einwand erhoben wird, dass sie die „Eviktionshaftung" des Schenkers, der doch nur wegen dolus hafte, auf culpa in eligendo stütze, so kann das nur auf eine irrtümliche Auffassung der Gründe der herrschenden Ansicht zurückzuführen sein. Diese lässt nämlich den Schenker nur dafür einstehen, dass er giltig erfüllt, m. a. W.: wo sie eine Haftung des Schenkers annimmt, nämlich bei Schenkungsversprechen einer Gattungssache, beruft sie sich auf dessen Stipulationsform und daneben — wie später noch ausführlicher dargetan werden wird — auf die Eigenart der Gattungsschuld, bei der im Falle der Rechtsmangelhaftigkeit des Geleisteten eine giltige Erfüllung nicht für vorliegend erachtet werden kann. Es bedarf also zur Begründung der Koch'schen Ausicht garnicht der Hereinziehung des kulposen Elementes.

Diesen durch das Wesen der Schenkung gezeitigten Erwägungen gegenüber will eine an der Oberfläche haftende Berufung allein auf die Stipulationsform des Schenkungsversprechens nicht viel besagen. Wo — wie bei der donatio (obligando) speciei — eine Gewährleistung des Schenkers wegen Rechtsmängel mit den vernunftgemässen Grundsätzen der Schenkung unvereinbar ist, da müssen diese die starre Stipulationsform zersprengen, da muss die Hülle dem Kerne

1) Thibaut S. 62.

weichen. Man wende nicht ein, dann sei gar keine Stipulation mehr vorhanden; denn die beiden Prinzipien — das formelle und das materielle — vernichten nicht eines das andere, sondern modifizieren einander nur insoweit, dass der eigenartige (lukrative) Charakter der Schenkung in der Form des Schenkungsversprechens seinen Ausdruck findet; und dieser Vorgang vernichtet die Stipulationsform so wenig, dass er vielmehr eine eigentliche Schenkungsstipulation erst schafft.

Schliesst nun auch der strikte Charakter der Stipulation eine solche Einwirkung der materiellen causa im allgemeinen aus, so ist doch die Stipulation durchaus nicht unfähig zu einer solchen Anpassung an die innere Natur eines Geschäftes, insbesondere wenn es sich um eine so prägnante handelt, wie sie die causa lucrativa der Schenkung darstellt.

Wo dagegen — wie bei der donatio generis (promittendo) — ein Widerstreit zwischen Form und Wesen des Rechtsgeschäfts nicht besteht, da kommt die erstere wieder zu ihrer vollen Geltung, da sehen wir uns wieder der alten strengen Stipulation gegenüber, der die Rechtsverschaffungspflicht notwendig entspringt. Dass das Recht bei dieser Rechtsverschaffungspflicht dann aber nicht stehen geblieben ist, sondern ihr noch eine Eviktionsverbindlichkeit hinzugefügt hat, wird an späterer Stelle noch eingehend nachzuweisen sein. Hier sei nur hervorgehoben, dass jene Eviktionsverbindlichkeit ihre Wurzel gerade im Charakter der Gattungsschuld hat, während die Rechtsverschaffungspflicht beim stipulierten Schenkungsversprechen einer Gattungssache nicht aus dem Wesen

der Genusschuld resultiert, sondern aus der Stipulationsform; nur zessiert diese Rechtverschaffungspflicht bei der donatio obligando speciei unter dem Einflusse der lucrativa causa.

Nach alle dem erscheint die herrschende Ansicht als die der Natur der Sache — der „ratio" allein entsprechende. Prüfen wir demnach nunmehr die drei Ansichten auf ihre Quellenmässigkeit, und zwar zunächst die der Gegner.

3. Ihre Quellenmässigkeit.

§ 5.

a. Die Ansicht Duarens.

aa. l. 18 § 3 D de don. 39,5.— c. 2 C de ev. 8,44.— l. 48 D de rei vind. 6,1.— l. 131 § 1 D de verb. oblig. 45,1.[1]

Zunächst den Wortlaut der Stellen:

l. 18 § 3 D de don. 39.5.

Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.

c. 2 C de ev. 8.44.

Quoniam avus tuus, cum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione scilicet hereditaria.

1) Thibaut S. 52—3 (besonders auch Anm. 11).

nudo autem pacto interveniente minime donatorem hac actione teneri certum est.
l. 48 D de rei vind. 6,1.

Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo, qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium judicis aequitatis ratione serventur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

l. 131 § 1 D de verb. oblig. 45,1.

Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus Titio traditus est, nihilo minus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur: nam interest ejus, quia mandati actione fundum recepturus sit a Titio. Set si donationis causa Titium interposuit, dicetur traditione protinus reum liberari.

In den drei zuerst angeführten Stellen kommt das Wort „donare“ vor. Die Bedeutung desselben ist streitig. Die Anhänger Duarens beziehen es auf Schenkungen schlechthin. Wäre das richtig, so würden diese drei Quellen allerdings beweisen, dass der Schenker (von besonderen Fällen — wie arglistigem Verschweigen des Rechtsmangels und besonderer Übernahme der Garantie für den Eviktionsfall — abgesehen) wegen Rechtsmängel nicht zu haften brauche. Sehen wir uns aber einmal den Anfang der l. l. des an erster Stelle zitierten Titels (39,5) an! Die dort gegebene Definition von „donatio“ deutet sehr entschieden darauf hin, dass dies Wort der terminus technicus

nicht für die Schenkung überhaupt, sondern nur für die donatio dando ist. Es heisst hier nämlich:

Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur.

Noch knapper und klarer kommt diese Auffassung in l. 35 § 1 D de mort. caus. don. 39,6 zum Ausdruck, wo gesagt ist:

donatio enim dicta est a dono, quasi dono datum.

Für diese Auslegung von „donare" spricht auch, dass die dem § 3 vorangehenden §§ 1 und 2 der l. 18 de don. 39,5 offenbar nur die donatio dando im Auge haben; so findet sich im § 1 die charakteristische Stelle: „ .... si servum tibi tradidero", und dies die Übergabe bezeichnende „tradere" kehrt in § 2 wieder; „.... si donationis causa .. tradatur servus." Die regelmässige technische Bezeichnung für das Schenkungsversprechen enthalten dagegen die übrigen leges des Titels 39,5, so l. 21 § 1 („si ... donationis causa promittere jussi"), l. 22 („qui donationis causa .... promisit"), l. 33 pr. („ex causa donationis stipulanti spoponderat") u. s. w.

Ist es somit erwiesen, dass „donare" und „donatio" nur von der durch Übergabe vollzogenen Schenkung zu verstehen sind, so wollen wir uns einmal vergegenwärtigen, was uns dann die zu Beginn dieses Abschnittes zitierten Stellen sagen: Nach l. 18 § 3 D de don. 39,5 kann der donator dando im Falle der Eviktion selbst dann nicht in Anspruch genommen

werden, wenn er Verwendungen auf das Geschenk gemacht hat. (Die im letzten Satze erwähnte Haftung hat — weil unter den Gesichtspunkt dolosen Handelns fallend — mit der Eviktionshaft nichts zu tun). Dass ein Gleiches auch für das Schenkungsversprechen gelte, ist nicht gesagt. Für Duarens Anhänger, die dies behaupten, beweist diese Stelle somit nichts. — Die c. 2 C 8,44 macht die Haftbarkeit des donotor dando von einem nur als Stipulation giltigen vorherigen Garantieversprechen abhängig, nicht aber die Haftung des donator promittendo; auch sie ist also kein Beweis für Duarens Ansicht. Dasselbe gilt endlich von der l. 48 D de rei vind. 6,1, die nur für die donatio dando bestimmt, dass der Beschenkte, der auf die mit Rechtsmängeln behaftete Sache Verwendungen gemacht hat, lediglich auf ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Herausgabeanspruche des Evinzenten angewiesen ist. Die Möglichkeit einer Haftung wegen Rechtsmängel beim Schenkungsversprechen bleibt also auch hier offen.

Auch die (oben) zuletzt angeführte l. 131 § 1 D de verb. oblig. 45,1 gehört hierher, weil in dieser ebenfalls nur von der Eviktionshaftung des donator dando, nicht von der eines jeden Schenkers die Rede sein könnte. In Wahrheit wird aber von einer Eviktionsverbindlichkeit des Schenkers überhaupt nicht gesprochen; es liegt vielmehr folgender Fall vor: Jemand hat für sich oder Titius ein Grundstück stipuliert; quaeritur: Wird der promissor dann dem stipulator gegenüber befreit, wenn er a) dem

Mandatar Titius (Satz 1), b) dem Beschenkten Titius (Satz 2: „Sed si") das Grundstück übergibt? Scaevola, von dem diese Stelle stammt, bejaht die zweite, verneint dagegen die erste Frage, und zwar, weil hier der stipulator daran interessiert ist, die Gefahr einer Eviktion des seinem Mandatar Titius übergebenen Grundstücks abzuwenden, da er selbst es demnächst mit der actio mandati von Titius herausverlangen will; diese Gefahr lässt sich aber nur abwenden durch eine Kautionsstipulation für den Fall der Eviktion, die wiederum, da die ursprüngliche Stipulation einen unmittelbaren Anspruch auf Kaution nicht gibt, nur in Form des „petere fundum" (trotz bereits erfolgter Tradition an Titius) möglich ist. Dort dagegen hat der Stipulator keine Veranlassung, vom promissor eigens Kaution für den Fall der Eviktion zu verlangen, da nicht er selbst, sondern Titius (als Beschenkter) das Grundstück schliesslich behält. Ob er hierzu berechtigt ist, wird hier nicht erwähnt, ist auch für die Frage, ob der Schenker (d. i. hier der Stipulator) wegen Rechtsmängel hafte, gänzlich belanglos. Auch die von Scaevola aufgestellte Regel hat mit dieser Frage insofern nichts zu tun, als es sich hier nur handelt um den Anspruch des Stipulators gegen den Promissor, nicht etwa des Beschenkten Titius gegen seinen Schenker, den Stipulator, hinsichtlich der Rechtsgewährleistung. Denn in der stipulatio zwischen dem stipulator und dem promissor liegt noch keine Schenkung: Titius erhält das Grundstück durch diese Stipulation weder sofort, noch wird es

ihm versprochen. Von einer Schenkung ist vielmehr erst in dem Augenblicke zu reden, in dem der promissor seine Schuld aus der Stipulation durch die Übergabe des Grundstücks an den Titius bezahlt. Es liegt dann also eine donatio dando vor. Unterzöge demnach diese Stelle die Haftung des Schenkers wegen Rechtsmängel also überhaupt einer Erörterung, so könnte sie doch noch nicht als eine Stütze der Meinung Duarens gelten, da für die donatio promittendo immer noch eine anderweitige Regelung der Verpflichtung des Schenkers zur Rechtsgewährleistung möglich wäre.[1]

bb. c. 2 C de ev. 8,44 in Verbindung mit Pauli Rec. Sent. Lib. V Tit. 11 § 5.

Für eine der im vorigen Abschnitt (aa) besprochenen Stellen, nämlich die c. 2 C de ev. 8,44 wird nun seitens der Anhänger Duarens[2] zum Beweise ihrer Behauptung, dass hier die „Eviktionsverbindlichkeit" jedes Schenkers (nicht nur die des donator dando) verneint sei, noch der § 5 des 11. Titels im 5. Buche der Receptae Sententiae des Paulus herangezogen. Dieser lautet:

Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur: nec eo nomine, si promiserit, oneratur: quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa juris ratione depellitur.

1) Glück S. 264—265; Fabian S. 22—23.
2) Thibaut S. 50—54.

Das Verhältnis dieser Stelle zu der citierten c. 2 C 8,44 hat den Gelehrten viel Kopfzerbrechen verursacht. Besonders musste es denen, die in der Kodexstelle die Worte „donaret“ und „donatorem“ [1] nur von der donatio dando verstanden, auffallen, dass hier selbst dem stipulierten Eviktionsversprechen die Klagbarkeit versagt zu sein schien, während sie doch sogar schon das nudum pactum de evictione praestanda für verbindlich hielten. Thibaut [2] will diese juristische Abnormität der Unwirksamkeit einer Stipulation damit erklären, dass die den Römern eigene Kulanz ihnen verboten hätte, jemanden, der — wie der Schenker — an sich nichts schuldig war, zum Sklaven seines Wortes — und wenn es selbst in die Stipulationsform gekleidet war — zu machen, und das diese Anschauung, wenn sie auch in die Justinianische Gesetzessammlung selbst keinen Eingang gefunden habe, doch tief im Rechtsbewusstsein der Römer gewurzelt habe, ja — wie die Worte des Paulus zeigen — eine zeitlang sogar im Rechte zur Geltung gekommen sei.

Mit dieser Thibaut'schen Deduktion ist aber der Widerspruch zwischen den beiden Stellen nicht gelöst. Denn die Kodexstelle stammt von Zeitgenossen des Paulus, Severus und Antoninus, und es wäre doch seltsam, wenn die Delikatesse den Römern so im Blute gelegen hätte, dass sogar das positive Recht darauf Rücksicht nahm, und andererseits doch

1) Entsprechend unserer obigen Auslegung (s. oben S. 37—41).

2) Thibaut S. 51—52.

zwei Juristen, deren Anschauung man der Aufnahme in den Kodex für würdig hielt, von solchen Anwandlungen von Noblesse garnichts gewusst hätten.

Noch weniger als dieser Thibaut'sche führen die älteren Erklärungsversuche von Cujacius und Schulting zu einer befriedigenden Lösung:[1] Dieser wollte in der Stelle des Paulus „si promiserit" durch „nisi promiserit" ersetzen und jener diesen Ausdruck überhaupt von einem nudum pactum verstanden wissen. Beides ist höchst willkürlich und widerspricht dem Zusammenhange.

Da scheint uns die Auffassung von Salkowsky[2] noch eher das Richtige zu treffen, zumal dieser uns sogar die Wahl zwischen zwei Erklärungsmöglichkeiten lässt, deren jede recht einleuchtend ist. Er geht davon aus, dass die freiwillige Stipulation ein Eviktionsversprechen stets verbindlich mache, und zwar beim stipulierten (ein anderes war z. Z. des Paulus nicht bekannt) Schenkungsversprechen ohne jede Frage, da hier der gegnerische Einwand, dass eine stipulatio sine causa vorläge, hinwegfalle; aber auch bei der donatio dando, und zwar obgleich für diese[3] der zweite Satz (nec .... oneratur) der Stelle des Paulus das Gegenteil zu bestimmen scheint. Bei einiger Überlegung zeigt sich nämlich, dass die Sentenz des Paulus sich auf die donatio dando garnicht beziehen kann. Welche Handhabe hätte man nämlich wohl bei dieser, dem Schenker ein

1) Genaueres hierüber s. Thibaut a. a. O.
2) Salkowsky S. 73—77.
3) S. die Ausdrücke „donator" „rei donatae".

Eviktionsversprechen abzuzwingen? Anders beim stipulierten Schenkungsversprechen! Die Stipulation gibt hier — wie wir schon bei anderer Gelegenheit gesehen haben — einen Anspruch auf Übernahme einer besonderen Rechtsgewährleistung gegen den Schenker; sträubt dieser sich, so liegt es nahe, ihn zu zwingen. Das gerade ist es aber, was das Gesetz verbietet (durch die Worte bis „cogitur"). Das notwendige Korrelat eines solchen Verbotes ist aber eine Bestimmung, die ein ihm zum Trotz dem Schenker aufgezwungenes Eviktionsversprechen für wirkungslos erklärt. Diese Bestimmung finden wir in den Worten von „nec" bis „oneratur": Wir brauchen nur das (gewissermassen als Überschrift der ganzen Sentenz an die Spitze gestellte) „Invitus" auch hierauf zu beziehen. Es hätte nämlich schlechterdings keinen Sinn, in einem Atemzuge die Erzwingung eines Eviktionsversprechens zu verbieten und das freiwillig abgegebene für unwirksam zu erklären. Die c. 2 C 8,44 und P. S. R. V, 11,5 haben folglich nichts miteinander zu tun; dort handelt es sich um das freiwillige Eviktionsversprechen bei der donatio dando, hier um das unfreiwillige bei der donatio promittendo. Dass letzteres unwirksam ist, steht also weder im Widerspruch mit c. 2 C 8,44, noch vermag es etwas zu Gunsten der Ansicht Duarens zu sagen.

Wer sich aber zu dieser Erklärungsmethode nicht verstehen kann, dem bleibt auch noch ein anderer Weg offen:[1] Gesetzt nämlich den Fall, Paulus spräche wirklich von der donatio dando und

1) Salkowsky S. 76—77.

„Invitus“ bezöge sich nicht auch auf die Worte „nec . . . oneratur“, so wäre man doch noch keineswegs genötigt, unter diesem „onerari“ die Haftung aus einem freiwillig abgegebenen Eviktionsversprechen zu begreifen. Es scheint hier vielmehr von den Wirkungen einer solchen Haftung gesprochen zu werden. Diese selbst ist nach c. 2 C 8,44 zweifellos, es fragt sich nur, in welchem Masse der Schenker durch sie belastet wird („oneratur“). Und da findet nun Paulus darin, dass der donator dando an sich nicht wegen Eviktion haftet („quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa juris ratione depellitur“), einen Grund, ihn auch bei freiwilliger Garantieübernahme für den Fall der Eviktion durch die Folgen seines Entgegenkommens nicht allzusehr zu drücken. Man könnte nämlich daran denken, den Schenker auf das volle Interesse des Beschenkten an der Wirksamkeit der Schenkung haften zu lassen; indes einen vermögensrechtlichen Schaden hat letzterer durch die Eviktion an sich nicht erlitten: sie bewirkt nur, dass er ärmer wurde, als er zwischen Schenkung und Eviktion, nicht aber, als er vor der Schenkung war. Letzteres ist nur der Fall, wenn durch Nebenumstände wie z. B. durch Verwendungen oder Verfall der beim etwaigen Weiterverkaufe des evinzierten Geschenkes versprochenen dupla die Herausgabe der Sache zu einer Härte für den Beschenkten wird. Diese soll dadurch eine Milderung erfahren, dass der Schenker dem Beschenkten die Kosten ersetzen muss, die dieser gespart hätte, falls ihm die Sache nicht geschenkt worden wäre, soweit sie ihm nicht schon von

anderer Seite erstattet wurden. Zu mehr soll der Schenker durch sein Eviktionsversprechen nicht verbunden sein. Also auch nach dieser Erklärung lassen sich die Stelle aus dem Kodex und die Sentenz des Paulus sehr gut mit einander vereinbaren. Dass der Schenker in keinem Falle auf Eviktion hafte, insbesondere dass er trotz ausdrücklicher Garantieübernahme nicht hafte, steht nirgends geschrieben.

cc. l. 62 D de aedil. ed 21,1.

Thibaut[1] will sodann daraus, dass nach l. 62 D de aedil. ed. 21,1 die Anwendung des ädilizischen Ediktes auf die Schenkung ausgeschlossen ist, „analog" schliessen, dass der Schenker auch wegen „Eviktion" nicht zu haften brauche. Allein die beiden Fälle sind einander garnicht analog: Nach l. 45 § 1 D de leg. 1 (30) haftet nämlich der Erbe auch nicht für heimliche Mängel der Sache,[2] ohne dass daraus seine Haftfreiheit beim Vorhandensein von Rechtsmängeln folgte; diese ist vielmehr durch die l. 58 D de ev. et dupl. stip. und l. 29 § 3 D de legat. III für das Vermächtnis von Gattungssachen unbedingt verneint. Aus den Regeln über Sachmängel ist also nicht auf ein Gleiches für die Rechtsmängel zu schliessen.

§ 6.

b. Die Ansicht der Glossatoren und Bekkers.

aa. Die c. 1 C de jure dot. 5,12.

Diese Stelle — die Hauptstütze der Glossatoren[3] für ihre Behauptung, dass der donator promittendo

1) Thibaut S. 50.
2) Genaueres noch in l. 110 D de legat. I.
3) Z. B. Carpzov Jurisprud. for. Pars II. Const. 34 Definit. 23 No. 3.

wegen „Eviktion“ hafte, der donator dando nicht — spricht von der Bestellung einer dos: Erfolgt diese durch sofortige Übergabe, so ist der Besteller von jeder Haftung frei, während derjenige, der eine dos verspricht, wegen „Eviktion“ zu haften hat. Die Glossatoren bezogen dagegen die Stelle auf Schenkungen (i. w. S.), deren Unterart nach ihrer Meinnng die dos war (so spricht Carpzov a. a. O. von „dotalis donatio“ !), oder sie wollten die constitutio wenigstens auf die Schenkung (i. e. S.) — wegen deren der dos verwandten Natur — anwenden. Gewiss kann in der Dos-Bestellung eine Schenkung liegen; in diesem Falle wird Schenkungsrecht zur Anwendung zu bringen sein. Davon abgesehen aber, zeigen donatio und dos sowohl in ihrem Wesen, als hinsichtlich der für sie gegebenen Formvorschriften die denkbar grössten Verschiedenheiten: Sehen wir in der donatio eine völlig freie Gabe, so gibt der Dos-Besteller unter einem sittlichen Zwange, der ihn die in gleichen Fällen stets übliche Liberalität beobachten lässt; vor allem aber leitet ihn der Wunsch, die Zukunft seiner die Ehe eingehenden Verwandten in materieller Hinsicht möglichst sicher zu stellen und dadurch den Mann zu entlasten. Ferner deutet der Umstand, dass das Schenkungsversprechen erst seit Justinian klagbar ist, das Dos-Versprechen dagegen schon vorher, auf eine verschiedene rechtliche Beurteilung beider Institute hin.[1]

1) Metz S. 18—19 u. 21 – 22.

bb. Die Ausführungen Bekkers.[1]

Die glossatorische Einteilung in donatio dando und promittendo stand nach dem Vorstehenden auf so schwachen Füssen, dass sie allmählich indiskutabel werden musste, und es auch ward. Wenn Bekker es somit unternahm, sie wieder ans Tageslicht zu ziehen, so konnte dies nur auf völlig neuer Basis geschehen. Den inneren Gründen der Glosse weiss er zwar — wie wir schon gesehen haben — nicht allzuviel hinzuzufügen. Wohl aber führt er einige neue Quellenstellen an. Er stützt nämlich die Nichthaftung des donator dando auf die l. 18 § 3 D. 39,5, indem er das Wort „donaverit" nur von der durch Übergabe vollzogenen Schenkung versteht. Doloses Handeln oder besondere Übernahme der Haftung führen auch nach Bekker'scher Ansicht zur Haftung (wenngleich nicht zur Rechtsmängelhaftung). Die Haftungsübernahme kann nach Bekker auf zweifache Art erfolgen: einmal, indem man bei der Übergabe Eigentum oder habere licere verspricht, wobei die Übergabe dann als die gleichzeitige Erfüllung dieses Versprechens erscheint, oder: indem man „einfach gibt und bedingt verspricht", d. h. die Übergabe nicht Erfüllung eines konkurrierenden Versprechens sein lässt, sondern für den Fall einer etwaigen Eviktion eine neue Leistung zusagt, also — genau genommen — eine donatio dando und eine donatio promittendo vornimmt. Diese wenig natürliche und — wie Bekker selbst zugibt — „nur ausnahmsweise Platz greifende"[2]

1) Bekker S. 245—249.
2) Bekker S. 247.

Zweiteilung soll dazu dienen, den scheinbaren Widerspruch zwischen der c. 2 C 8,44 und Pauli Rec. Sent. V Tit. 11 § 5 (s. o. S. 41—46) zu erklären. Indes — auch das räumt Bekker ein — mangelt der von Paulus herrührenden Stelle, da sie ins corpus juris nicht aufgenommen wurde, die Gesetzeskraft, sodass von den beiden oben erwähnten Arten der Haftungsübernahme eigentlich nur die zu zweit genannte übrig bliebe. Für uns sind lediglich die klaren Bestimmungen der c. 2 C 8,44 massgebend.[1]

Die Schenkungsversprechen, die nach Bekker stets eine „Eviktionsleistungspflicht" erzeugen, teilt er wieder nach dem Grunde der Haftung in zwei Arten ein: die stipulierten, bei denen die Haftung auf der abstrakten Verpflichtungskraft der Stipulation beruht, und die reinen (formlosen)[2]. Wir können dieser scharfen Trennung nicht beitreten, da — wie wir bereits gesehen haben — die strikte Natur der Stipulation diese zwar im Allgemeinen von ihrer materiellen causa unabhängig macht, aber doch nicht hindert, dass die Wirkungen der Stipulation von ihrer jeweiligen Veranlassung beeinflusst werden. Nach dem Siege, den die Idee der lucrativa causa bereits vor Justinian über die Stipulationsform davongetragen hatte, war der Weg zur völligen Beseitigung dieser Promissionsschranken kein weiter mehr. Wurde aber dieser Schritt gethan, so konnte — logischer Weise — das von allen Fesseln befreite Schenkungsversprechen neueren Stils nicht zurückfallen in einen

1) So auch Metz S. 20.
2) Ähnlich Liebe S. 826—27

Zustand, den das alte Schenkungsversprechen — als seinem Wesen zuwiderlaufend — gerade jenen Fesseln zum Trotz überwunden hatte. Sinngemässer wäre es schon gewesen, wenn Justinian nach der entgegengesetzten Richtung hin auf der einmal beschrittenen Bahn weitergegangen wäre, indem er die Befreiung des Schenkers von der Haftung wegen Rechtsmängel auf die Gattungsschenkung ausgedehnt hätte. Dass aber auch dies tatsächlich nicht geschehen ist und der Charakter der Schenkung, wie er sich vor Justinian gegenüber der widerstrebenden Stipulationsform durchgesetzt hatte, sich auch angesichts der Formlosigkeit des Schenkungsversprechens nach Justiniani'schem Rechte behauptet hat, soll — insbesondere gegenüber der Bekker'schen Ansicht, die zwar auch annimmt, dass die Rechtsmängelhaftung des Schenkers sich vor und nach Justinian dem Wesen der Schenkung entsprechend (also gleichmässig) gestaltet habe, bezüglich des Wesens der Schenkung aber von unserer Auffassung abweicht — im folgenden bewiesen werden. Die „Eviktions"haftung aus dem formlosen Schenkungsversprechen, will Bekker aus c. 35 C de don. 8,54 herleiten. Der § 5 dieses Kaisergesetzes spricht nur von einer Verpflichtung zur Tradition. Bekker meint indess[1] — und wir treten ihm hierin bei —, dass es an dieser Stelle wohl zunächst nur darauf ankomme, eine Verpflichtung aus einem formlosen Schenkungsversprechen überhaupt zu statuieren. Der genauere Inhalt derselben, also besonders die Frage, ob die Tradition das Maximum oder das

1) Bekker S. 248—49.

Minimum der Schenkerpflichten bedeute, werde hier nicht geregelt. Zu diesem Punkte seien vielmehr 2 Stellen heranzuziehen: 1) § 2 J. de don. 2,7, der durch die Worte: „. . . et ad exemplum venditionis nostra constitutio[1] eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit" die Haftung des Verkäufers für den Schenker vorbildlich mache; 2) das principium der oben zitierten Konstitution:

si quis argentum donaverit certumque pondus nominaverit, non autem alias vel generaliter vel specialiter expresserit, necessitatem ei imponimus omnimodo praefatum pondus argenti dare sive in vasis quibus voluerit, non tamen pejoribus aestimatione massae, sive in ipsa aestimatione quae pro massa rudi in illis locis frequentata est.

Hier sei ganz offenbar für den Fall, dass das Schenkungsversprechen eine genus-Sache zum Gegenstande habe, der Schenker zum „dare", m. a. W. zur Rechtsverschaffung verpflichtet. Wir können dieser Bekker'schen Auslegung nur vollkommen zustimmen, und zwar stützen wir zunächst die Annahme, dass hier ein Schenkungsversprechen gemeint sei, auf die Worte „nominaverit . . . . expresserit . . . . . praefatum pondus", sowie darauf, das demgegenüber „donaverit" — an sich, wie schon gezeigt, der terminus technicus für die donatio dando — hier einer ungenauen Ausdrucksweise zuzuschreiben ist. Dass aber auch ferner nur vom Versprechen einer Gattungssache die Rede sein kann, ergibt sich für uns aus den

1) Gemeint ist eben die c. 35 C 8,54.

Worten; „. . . . non autem vasa vel generaliter vel specialiter expresserit". Die Auslegung Blohms, eines sehr entschiedenen Verteidigers Duarens, der das „dare" restriktiv interpretieren und die ganze Stelle für die (Justinian eigene) schwülstige Umschreibung des „einfachen Gedankens", dass der Schenker soviel zahlen oder ausgeben muss, als er versprochen hat",[1] erklären will, für eine Stelle also, in der er von einer „Eviktionsverbindlichkeit" überhaupt nicht die Rede sei, müssen wir demgemäss verwerfen.[2]

Teilen wir somit Bekkers Auffassung der c. 35 pr. C. 8,54 und auch die des § 5 der zitierten Konstitution, dass letzterer nur den Sinn habe, die Rechtswirksamkeit des Schenkungsversprechens von der alten Stipulationsform unabhängig zu stellen, so sind wir nicht in der Lage ihm zuzustimmen, wenn er die in der c. 35 pr. C. 8,54 — nach seinen eigenen Angaben[3] — nur für das Versprechen von Gattungssachen gemeinte Regel auf jedes Schenkungsversprechen ausdehnen zu können glaubt. Die „inneren" Gründe, die er hierfür anführt, sind nämlich so wenig stichhaltig, dass man sagen kann: Bekker hat durch seine Ausführungen nicht seiner eigenen Ansicht das Wort geredet, sondern derjenigen, die sich nach unseren bisherigen Ausführungen bereits als die am meisten „den allgemeinen Prinzipien ent-

1) Blohm S. 14.

2) Im Einzelnen dürften Blohms Behauptungen durch die zutreffenden Ausführungen von Metz (S. 34—35) abgetan sein.

3) Bekker S. 249.

sprechende und durch Nützlichkeit gebotene“ erwiesen hat: der herrschenden.

Gehen wir also zu dieser über, nachdem weder die Anhänger Duarens noch die der Glosse uns aus den Quellen die Überzeugung von der Richtigkeit ihres Standpunktes beizubringen vermochten.

§ 7.

c. Die herrschende Ansicht.

aa. l. 45 und l. 46 D de leg. 10.

Diese Stellen lauten:

l. 45 § 1.

Heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse, promittere debebit, quia ita dare debet, ut habere liceat; sanitas autem servi ad proprietatem ejus nihil pertinet, sed ob id, quod furtum fecit servus aut noxam nocuit, evenit, quominus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat.

§ 2.

Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est.

l. 46.

Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dare promiserit.

In diesen beiden leges liegt das Rückgrat der herrschenden Ansicht; gegen die Auslegung, die sie durch Koch und die ihm folgten erfuhren, richten sich deshalb auch die heftigsten Angriffe der Gegner,

sei es Bekker'scher oder Duaren'scher Richtung. Die Hauptpunkte der Koch'schen Auffassung sind folgende:

1) Die §§ 1 und 2 der l. 45 stehen im Gegensatze zu einander: Dort ist vom Genus-, hier vom Spezieslegat die Rede; dort wird dem Erben eine Verpflichtung zur Rechtsgewährleistung auferlegt; hier nicht;
denn: das „generaliter" im § 1 und das „certus homo" im § 2 deuten mit Bestimmtheit darauf hin, dass hier vom Spezies-, dort vom Genuslegat die Rede sei; ebenso spricht der Gebrauch des unbestimmten „servus" anstatt des individualisierenden „Stichus" im § 1 dafür, dass dieser Paragraph sich auf Gattungs-, der andere dagegen auf Speziessachen beziehe.[1]

Nun wird dem Erben zur Pflicht gemacht, dafür einzustehen, dass die Vermächtnissache „furtis et noxiis solutum esse". Dass diese Noxallasten, deren Nichtvorhandensein der Erbe zu garantieren hat, aber den Rechts-, nicht den Sachmängeln gleich behandelt werden, m. a. W., dass im § 1 der l. 45 von der Haftung wegen Rechtsmängel die Rede ist, geht aus zwei Umständen hervor: einmal werden die Folgen der Nichtbeachtung der Regel, dass die vermachte Sache „furtis et noxiis solutum" dem Legatar vom Erben übergeben werden müsse, in Parallele gestellt mit der in Folge siegreicher Durchführung der Pfandklage entstehenden Lage eines Grundstückseigentümers,

1) Bachofen S. 130 Anm. 13.

die wiederum zweifellos mit der Lage nach geschehener Entwehrung durch den wahren Eigentümer auf eine Stufe zu stellen ist: hier wie dort Verdrängung des sich Eigentümer Wähnenden aus dem Besitz durch einen Besserberechtigten. Das hat besonders Bachofen[1] nachgewiesen, der der res aliena legata einen eigenen Abschnitt widmet, um von ihr auf die res per legatum vel fideicommissum relicta zu schliessen. Auf der anderen Seite aber wird das „furtis et noxiis solutum esse" in Gegensatz zu dem „sanum esse" d. h. der Mangelfreiheit der vermachten Sache gebracht, indem das Fehlen des ersteren als eine Beeinträchtigung des Eigentumsgenusses („habere liceat") bezeichnet wird, das Fehlen des letzteren dagegen nicht.

Dann hat aber auch der § 2 der l. 45 die Haftung wegen Rechtsmängel im Auge; das geht aus dessen ganzer Fassung hervor, die nur eine Anlehnung an die ausführlichen Darlegungen des § 1 sein kann.

Zur vorläufigen Rechtfertigung der weiteren Behauptung, dass im § 1 der l. 45 eine Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte bejaht, im § 2 dagegen verneint werde, diene zunächst der Hinweis darauf, dass wir es in der l. 45 offenbar mit dem Falle des legatum per damnationem, d. h. derjenigen Legatsart zu tun haben, bei der der Bedachte eine Forderung auf Realisierung des Legats gegen den Erben erhält. Das ergibt sich ganz deutlich aus den Worten „dare damnas esto." Die Verpflichtung des Erben geht, da sie

1) Bachofen S. 127–131.

Promissionscharakter hat, (zunächst auf ein dare, d. h. auf Rechtsverschaffung; das entspricht auch der Ausdrucksweise der l. 45, die in ihren beiden Paragraphen von einem „dare debet“ des Erben spricht. Gleichwohl kann die Statuierung einer Rechtsgewährleistungs-(Rechtsverschaffungs)pflicht für Genus- und Spezieslegate nicht der Sinn dieses Gesetzes sein. Denn auch die Legate sind — wie schon an anderer Stelle erwähnt wurde — Geschäfte ex lucrativa causa. Auch hier gilt also, was wir für die Schenkung bereits festgestellt haben, nämlich dass eine Verpflichtung zur Rechtsgewährleistung mit dem Wesen einer Speziesschuld ex lucrativa causa nicht wohl vereinbar ist. Auch hier gilt, dass bei einem Widerstreit zwischen der inneren Natur eines Rechtsverhältnisses und seiner äusseren Form erstere die Oberhand behalten muss. Auch hier ist folglich trotz des Stipulationscharakters der Erbenverpflichtung im Falle des Spezieslegats eine Rechtsgewährleistungspflicht des Erben nicht anzuerkennen. Dass aber der Wortlaut des Gesetzes (des § 2 der l. 45) mit diesem Ergebnis durchaus nicht im Widerspruche steht, wird später durch Anführung einiger Stellen, in denen dare nicht seine gewöhnliche Bedeutung „ins Eigentum übertragen“, sondern die weitere „übergeben“ hat, nachgewiesen werden.

2) Der § 1 der l. 45 folgt grundsätzlich dem Rechtsverschaffungsprinzip; die Gewährleistungspflicht des Erben wird jedoch im Sinne des Eviktionsprinzips erweitert;

denn: für den § 1 der l. 45, (der allein ja — gemäss den vorstehenden Ausführungen — dem Erben eine Verpflichtung zur Rechtsgewährleistung auferlegt), fällt, da er das Genuslegat zum Gegenstande hat, derZwiespalt zwischen dem promissorischen Charakter der Erbenverpflichtung aus dem Damnationslegat und dessen lukrativer Natur hinweg, d. h. die aus der Stipulation erwachsende Pflicht zum dare, zur Rechtsverschaffung, gilt hier unbeschränkt. In dieser Rechtsverschaffungspflicht liegt zunächst eine Verbindlichkeit des Erben, dem Legatar Eigentum an der Vermächtnissache zu verschaffen. Nach der nicht einwandfreien Ansicht einiger Schriftsteller umfasst das dare aber auch die weitergehende Verpflichtung zur Verschaffung eines von gewissen dinglichen Rechten Dritter (Pfandrecht, Niessbrauch) freien Eigentums. Dagegen hat der Erbe alle anderen Rechtsmängel der Vermächtnissache, also solche, die auf dem Vorhandensein anderer dinglicher Rechte Dritter an der vermachten Sache (z. B. von Rustikalservituten) oder die überhaupt nicht auf dem Vorhandensein fremder dinglicher Rechte beruhen, auf Grund seiner dare-Pflicht zweifellos nicht zu vertreten.[1] Andererseits hat aber der Legatar, da ihm ein bestimmtes Quantum von Recht „verschafft werden" muss,[2] einen Rechtsgewährleistungsanspruch gegen den Erben schon dann, wenn er „den Nachweis" erbringt, „dass soviel Recht nicht geschafft ist, insbesondere also, dass irgend einem anderen ein Recht zusteht, dessen Existenz mit der Rechtsfülle des Er-

1) Bekker S. 264–65.
2) Bekker S. 283.

werbers unvereinbar ist", wie z. B. Eigentum, Pfandrecht, Niessbrauch eines Dritten. — Nun ist aber der Erbe — nach dem Wortlaut des § 1 der l. 45 nicht nur zum „dare", sondern zum „dare, ut habere liceat" verpflichtet, und zwar wird als Beispiel für diese Verpflichtung die Haftung wegen Noxallasten angeführt. Solche Noxallasten werden — wie schon hervorgehoben wurde — zwar wie Rechtsmängel behandelt, gehören aber zweifellos nicht zu denjenigen Rechtsmängeln, die der Erbe auf Grund seiner Verpflichtung zum dare zu vertreten hätte: Sie sind nur zu vertreten, weil sie das habere licere (in rechtlicher Beziehung) stören, und deshalb auch nicht eher, als sie es stören. Mit anderen Worten: der Erbe haftet hier noch nicht infolge des blossen Nachweises, dass irgend welche (bestimmten!) rechtlichen Fehler der Vermächtnissache vorhanden sind (denn es ist nicht das Nichtvorhandensein bestimmter rechtlicher Defekte, sondern der volle Genuss der Sache, wie er aus deren einwandfreier rechtlicher Beschaffenheit sich ergibt, zu garantieren), sondern erst infolge des „wahrnehmbaren Hervortretens" solcher Fehler,[1] gleichviel ob der Erwerber ohne Erfolg versucht hat, sich der Störungen des besserberechtigten Dritten zu erwehren oder ob dieser bereits im Klagewege dem Erwerber die Sache entrissen und letzterer seinem auctor den Streit verkündet hat („Eviktion" im engeren Sinne). Hier haben wir das reine Eviktionsprinzip, wie es vor allem den Kauf, aber z. B. auch den Tausch beherrscht.

1) Bekker S. 284.

Dass die Haftung wegen Eviktion auch bei der Genusschenkung Platz greift, hat — wie schon früher angedeutet wurde — seinen Grund im Wesen der Gattungsschuld, genauer gesprochen: in der Regel, „dass der Erbe, wenn ihm die Wahl gelassen, überall nicht das Schlechteste geben darf" („in hoc teneri, ut non pessimum det": l. 110 D de leg. I⁰).[1]

Somit gestaltet sich die Haftung des Erben wegen Rechtsmängel der vermachten Sache, wie folgt: Eigentum und gewisse dingliche Rechte (Pfandrecht, Niessbrauch) Dritter an der vermachten Sache machen den Erben schon dann haftpflichtig, wenn der Legatar ihr Vorhandensein nur nachweist, andere Mängel in der rechtlichen Beschaffenheit erst dann, wenn sie erkennbar d. h. störend hervortreten (meistens also erst dann, wenn der Legatar im Entwehrungsprozesse unterliegt): eine eigenartige Kombination von Rechtsverschaffungsprinzip und Eviktionsprinzip, bei der aber doch dem ersteren der Vorrang gebührt!

3) Die l. 46 steht im Gegensatze zur l. 45; während hier vom Legat ist dort von der donatio promittendo die Rede: Durch die l. 46 werden die Regeln der l. 45 §§ 1 und 2 auf das stipulierte Schenkungsversprechen übertragen;
denn: dass die beiden leges einander gegenübergestellt werden sollen, ergibt sich aus der Fassung der l. 46, also besonders aus den Worten „transferre licebit". Dass aber die l. 46 das im vorhergehenden Fragment vom

1) Bekker S. 258.

Vermächtnis Gesagte auf die Schenkungsstipulation übertragen, mithin den prommissor animo donandi einer Genussache auf Rechtsverschaffung und zusätzlich auf Eviktion, den prommissor donandi causa einer Speziessache wegen Rechtsmängel garnicht haften lassen will, wird im folgenden noch ausführlich zu begründen sein.

Von diesen 3 Thesen der herrschenden Ansicht ist die letztgenannte auf den heftigsten Widerstand gestossen. Der Grund liegt auf der Hand: spricht doch das Gesetz (l. 46) immerhin nur von „promiserit", gebraucht also einen Ausdruck, der an sich auf j e d e Stipulation passen würde! Erst durch stillschweigende Ergänzung von „donandi causa" erhalten wir die uns schon bekannte technische Bezeichnung für das stipulierte Schenkungsversprechen. Ist dies nun — unserer Ansicht nach — auch die einzige Möglichkeit, zu einer befriedigenden Erklärung der zitierten Stellen zu gelangen, so liegt doch eben immerhin nur eine Konjektur vor, deren Berechtigung sich aus dem W o r t l a u t der Stelle nicht nachweisen lässt. Vielmehr muss sie in positiver Hinsicht ihre Stütze im Zusammenhange der beiden leges, in negativer in der Erkenntnis finden, dass die von anderer Seite unternommenen Auslegungsversuche nicht zu einer sinngemässen Deutung der gesetzlichen Bestimmungen führen.

Prüfen wir also zunächst die Behauptungen der Gegner auf ihre Stichhaltigkeit!

Thibaut[1] will unter dem „promittere“ in der l. 46 — dem Buchstaben des Gesetzes gemäss — „stipulieren“ schlechthin verstehen. Dem tritt aber selbst Bekker — sonst gerade bezüglich der Auslegung der uns hier beschäftigenden Stellen ein scharfer Gegner der herrschenden Ansicht — entgegen, indem er — allerdings mit Bezug auf die Koch'sche Auslegung der l. 45 — wörtlich sagt:[2] „..... was man aus fr. 45 für Legate herausliest, und nach fr. 46 auf die Promissionen zu übertragen hat, das ist bei allen Promissionen, die keine Schenkungsversprechen sind, zweifellos falsch.“ Nun stimmt aber die Thibaut'sche Erklärung der l. 45 mit der Koch'schen wenigstens insofern überein, als beide eine Verpflichtung zur Rechtsgewährleistung bei Speciesvermächtnissen nicht annehmen.[3] Demnach gelten die eigentlich der herrschenden Ansicht zugedachten Worte Bekkers auch für Thibaut, den Anhänger Duarens, und sagen in diesem Sinne, dass falls man — mit Thibaut — den Erben beim Speziesvermächtnis wegen Rechtsmängel nicht haften lassen wolle, man diesen Satz keinesfalls auf alle Promissionen, sondern höchstens auf Schenkungsprommissionen übertragen könne.

Der Meinung sind auch wir ; denn die Konsequenz der Thibaut'schen Erklärung würde sein, dass — wegen entsprechender Anwendung des § 2 der

1) Thibaut S. 62—63
2) Bekker S. 252 unten.
3) Thibaut S. 62—63.

l. 45 auf alle Promissionen — der promissor speciei, ohne Rücksicht auf das der Stipulation zu Grunde liegende Geschäft, für Rechtsmängel nie verantwortlich gemacht werden könnte, was doch zweifellos mit der wirklichen Rechtslage im direkten Widerspruche steht. Auch würde, wenn die Thibaut'sche Erklärung wirklich der Sinn der l. 46 wäre, der Verfasser Pomponius — wie Glück[1] gezeigt hat — sich selbst widersprechen, da er in der gleichfalls von ihm herrührenden l. 20 D de solut. 46,3 mit Bezug auf ein oneroses Geschäft sagt, dass die Leistung einer bereits einem Dritten verpfändeten Sache den Schuldner nicht befreie. Anstatt nun anzugeben, wie diesen praktischen Schwierigkeiten, die seine Auffassung im Gefolge hat, wohl am besten abzuhelfen sei, verschanzt Thibaut sich hinter der strikten Natur der Stipulation, indem er behauptet, es handele sich hier auch nur um die Folgen der Stipulation als solcher. Es muss — nach unseren bisherigen Ausführungen — zunächst bezweifelt werden, dass die formale Enge der Stipulation einer Haftung des Speziesschuldners wegen Rechtsmängel hindernd im Wege steht. Aber angenommen selbst, dies wäre der Fall, so würde doch die Stipulation — trotz ihrer strikten Natur — dem Einflusse der materiellen causa, soweit die Wirkungen des ganzen Geschäfts in Frage kommen, durchaus nicht unzugänglich sein.[2 3] Thibauts Ansicht ist also theoretisch ebenso unhaltbar wie praktisch.

1) Glück S. 258.
2) Metz S. 24—25.
3) Baron S. 348—49.

Noch ein anderer Punkt kommt aber hinzu: Warum sollte man wohl die abrupte Bestimmung der l. 46, würden wir sie mit Thibaut auf jede Stipulation beziehen, absichtlich[1] mitten in das Vermächtnisrecht hineingestreut haben, wo doch die Stipulationen im Zusammenhange ausführlich in einem eigenen Titel (de verb. oblig. 45,1) behandelt werden?

Nach alledem muss Thibauts Erklärungsversuch als mitglückt bezeichnet werden.

Ein weiterer ist von Unterholzner[2] unternommen worden; er hat in Schilling[3] und neuerdings in Blohm[4] Befürworter gefunden. Dieser Versuch läuft darauf hinaus, dass Pomponius in l. 46 von der cautio legatorum nomine rede. Den Beweis für diese Hypothese indes bleibt Unterholzner sowohl wie Schilling uns schuldig, obschon er durch den Wortlaut der l. 46 keineswegs geliefert wird. Nur Blohm macht den schwachen Versuch einer Verteidigung, von deren Wert er allerdings selbst nicht recht überzeugt zu sein scheint; denn er geht von der bescheidenen Annahme aus. dass es nach der Stellung der l. 46 „nicht ausgeschlossen" sei, „dass Pomponius an die promissio der cautio legatorum servandorum causa gedacht habe." Im übrigen muss Blohm selbst zugeben, dass „die Absicht des Praetors"

---

1) Dass dies der Fall ist, zeigt die ausdrückliche Bezugnahme auf die vorangehende lex.

2) Unterholzner S. 523—24 X, besonders Anm. e.

3) Schilling S. 942—43 Anm. gg.

4) Blohm S. 20—21.

bei den praetoriae stipulationes, wie es die cautio legatorum servandorum causa eine ist, nach l. 9 D. de stip. praet. 46,5 die alleinige Norm der Beurteilung bildet.[1] Trotzdem statuirt er — einen Satz vorher! — eine Beschränkung oder Annullierung dieses Beurteilungsmonopols des Praetors; denn eine solche läge doch zweifellos in der l. 46 wie Unterholzner sie erklärt. Dass die l. 46 aber nicht eine Ausnahme von den allgemeinen Bestimmungen über die stipulationes praetoriae enthält, geht schon daraus hervor, dass eine solche sonst wohl zusammen mit den letzteren selbst im Titel 46,5 erwähnt worden wäre, wird aber von Blohm überdies auch garnicht behauptet. Die zögernde Ausdrucksweise des „transferre licebit" erklärt Blohm damit, dass die entsprechende Anwendung der l. 45 auf die abstrakte Stipulation ihre Bedenken gehabt habe. Sofort aber setzt er hinzu, dass bei den praetoriae stipulationes das strikte Element der Stipulation durch das Ermessen des Praetors ausgelöst werde. Demnach hätte Pomponius, dem man doch wohl zutrauen darf, dass er über die angedeutete Besonderheit der praetorischen Stipulationen orientirt war, also wieder k e i n e n Grund gehabt, sich zögernd auszudrücken! Weshalb er es trotzdem getan haben sollte, bleibt unerklärt, ebenso wie der Umstand, dass der Gegensatz, der — gemäss unseren obigen Ausführungen — zwischen der l. 45 und der l. 46 bestehen muss, infolge der Auslegung Unterholzners verwischt wird.

---

1) Metz S. 26.

Bezog sich der Deutungsversuch Unterholzners ebenso wie der von Thibaut auf die l. 46 allein, so unternehmen andere Schriftsteller es wieder, der l. 45 einen veränderten Sinn zu geben und auf dieser neuen Basis auch die Erklärung für die l. 46 zu finden.

Hier ist in erster Linie Koch[1] zu nennen. Gleich Thibaut versteht er[2] die l. 46 von jeder Stipulation, folglich auch von der Schenkungsstipulation, aber in anderem Sinne als dieser. Während nämlich Thibaut eine Haftung wegen Rechtsmängel für die Genusstipulation annimmt, für die Speziesstipulation nicht (durch Verweisung auf die Vorschriften der l. 45 über genus- und species-Legate), hält Koch eine solche Haftung in jedem Falle für begründet, und zwar, weil er die l. 45 folgendermassen auffast: Das „dare“ im § 1 mit Bezug auf das Genuslegat sei der Ausdruck dafür, dass diese Legatsart die einzige sei, bei der (abgesehen vom Verschaffungsvermächtnis) eine Mitwirkung des Erben („dare“) überhaupt in Betracht komme. Diese (durch die Erbschaftsantretung quasikontraktlich übernommene) Mitwirkungspflicht des Erben, nicht aber die Natur des Genuslegats sei somit der Grund einer „Eviktionsverbindlichkeit“ des Erben; das „dare“ im § 2 sei der terminus technicus für das alte, im Justinianischen Recht praktisch bedeutungslose Damnationslegat. Die Verpflichtung zum dare werde

1) Gemeint ist nicht der mehrfach erwähnte Kanzler Koch, sondern der Bearbeiter des Preussischen ALR.

2) Koch II. S. 408—410 (Anm. 24).

also im einen wie im anderen Paragraphen statuiert, der (für das neuere Recht unpraktisch gewordene) Gegensatz zwischen beiden bestehe nur darin, dass im zweiten Falle von einem Damnationslegat die Rede sei, im ersten dagegen nicht. Beziehe man also l. 46 auf l. 45, so könne man die erstere nur von den Stipulationen alten Rechts überhaupt verstehen. Bei diesen treffe die Verpflichtung zum dare stets (also bei genus- und species-Promissionen zu), ohne Rücksicht darauf, ob eine causa onerosa oder lucrativa zu Grunde liege, während die Bezugnahme auf l. 45 sicherlich falsch sei, wenn man die l. 46 von vornherein auf Schenkungsstipulationen beschränke, da sie für die Schenkung einer species als solche (also ohne Rücksicht auf die Stipulationsform — wie die Anhänger der herrschenden Meinung selbst zugäben — nicht zutreffe. Folglich — so schliesst Koch seine Ausführungen — ist der Schluss von der Schenkungsstipulation auf das formlose Schenkungsversprechen Justinians durchaus ungerechtfertigt: Dort Verpflichtung zum dare auf jeden Fall, hier nie mehr als Verpflichtung zum tradere (nach c. 35 § 5 C 8,54).

Dem gegenüber ist zu bemerken: Der Sinn, den Koch der l. 45 beilegen will, ist im höchsten Grade unwahrscheinlich. Oder sollte Pomponius wirklich rein zufällig im § 1 das Genus-, im § 2 das Specieslegat herausgegriffen haben? Und weshalb ist denn der § 2 von Justinian überhaupt noch aufgenommen worden, wenn er so völlig veraltet war? Sollte die Gesetzeskommission die Verwirrung, die

durch diese ganz zwecklose Gegenüberstellung der modernen Vermächtnisform und der veralteten Damnationslegate offenbar zu befürchten stand, gänzlich übersehen haben? Alles das spricht gegen die Annahme Kochs und lässt uns zu unserer alten Auffassung, dass der § 1 der l. 45 vom Gattungs-, der § 2 vom Speziesvermächtnis rede, und dass bei jenem dem Erben eine Verpflichtung zur Rechtsgewährleistung auferlegt werde, bei diesem dagegen nicht, zurückkehren. Dass die l. 46 in Verbindung mit der so verstandenen l. 45 aber unmöglich auf alle Stipulationen Bezug haben könne, haben wir bereits früher mit der Begründung, dass die Regeln der l. 45 auf one rose Stipulationen unanwendbar seien, nachgewiesen. Folglich kann sie sich nur auf die Schenkungsstipulation beziehen und bestimmen, dass nur, wenn diese ein genus zum Gegenstande hat, der promissor donandi causa wegen Rechtsmängel zu haften braucht, weil hier erst die Lieferung einer von Rechtsmängeln freien Sache als giltige Erfüllung angesehen werden kann. Folglich hat unser Schluss von der Schenkungsstipulation auf das formlose Schenkungsversprechen auch nur den Sinn, dass hier wie dort nur der Schenker einer Gattungssache wegen Rechtsmängel zu haften habe, nicht den Sinn, den Koch ihr nach seiner Deutung der l. 45 allerdings beilegen müsste (wenn er nämlich die l. 46 — mit der herrschenden Ansicht — nur von Schenkungsstipulationen verstünde), dass hier wie dort der Schenker in jedem Falle zur „Eviktionsleistung" verbunden sei. Dass die Annahme, Justinian habe die

für die schenkweise eingegangene Stipulation hinsichtlich der Verpflichtung zur Rechtsgewährleistung aufgestellten Regeln völlig unverändert auf das formlose Schenkungsversprechen übertragen, in diesem Sinne aber gerade als dem Wesen der Schenkung entsprechend gerechtfertigt ist, haben wir schon an früherer Stelle nachgewiesen.

Nicht minder unhaltbar ist ein anderer von Bachofen[1] gemachter Vorschlag. Er meint, die l. 45 beziehe sich nicht auf die „Eviktionsverbindlichkeit" des mit einem Legate belasteten Erben, sondern erörterte die Voraussetzungen, unter denen ein Legatar vom Erben eine Kaution für den Fall der Eviktion zu fordern berechtigt sei. Angenommen selbst, dies träfe für den § 1 zu, da dessen Wortlaut in der Tat nichts Positives gegen die Bachofen'sche Annahme enthält, so müsste diese doch 1) am § 2 scheitern, indem die Anwendbarkeit der im § 1 niedergelegten auf Genuslegate bezüglichen Regeln — denn so will doch auch Bachofen den § 2 wohl verstanden wissen — im Bachofen'schen Sinne unmöglich ausgedrückt sein kann; das zeigt der Wortlaut des § 2 auf den ersten Blick; 2) aber würde dann für die l. 46 keine rechte Erklärung zu finden sein; denn: auf alle Promissionen könnte diese lex sich nicht beziehen, da aus denselben Gründen, die gegen Thibauts Auslegung der l. 46 sprechen (s. o.!), nicht einzusehen wäre, weshalb die Verpflichtung zur Eviktionskaution auf Speziespromissionen beschränkt bleiben sollte; und die Stelle nur auf Schenkungs-

1) Bachofen S. 130 Anm. 13.

stipulationen zu beziehen, verbietet sich im Hinblick auf Paul. Rec. Sent. Lib. V Tit. 11 § 5[1], wo es ausdrücklich heisst: „Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur."

Es erübrigt sich demgemäss nur noch, auf die Stellung, die Bekker zu den leges 45 und 46 einnimmt, etwas näher einzugehen. Um die von ihm vertretene Ansicht, dass der Schenker bei der donatio promittendo stets wegen „Eviktion" hafte, angesichts dieser Stellen aufrecht erhalten zu können, interpretiert er die l. 45 dahin, dass eine Verpflichtung zur Verschaffung unbeschränkten Eigentums sowohl durch § 1 („ita dare debet") als durch § 2 („dari debet") statuiert werde. Im übrigen unterscheidet die Bekker'sche Auffassung der l. 45 sich aber nicht von der unsrigen: Auch nach Bekker trifft den Erben beim Gattungsvermächtnis ausser seiner grundsätzlichen Rechtsverschaffungspflicht noch eine Eviktionsverbindlichkeit. Den Grund für diese Erscheinung findet Bekker — und auch hierin können wir ihm beistimmen — in der Natur der Gattungsschuld, die es dem Erben zur Pflicht mache, nicht gerade die schlechteste Spezies aus dem Genus zur Vollziehung des Vermächtnisses auszuwählen und ins Eigentum zu übertragen. Diese Pflicht sei aber unerfüllt, solange dem Legatar zwar von gewissen dinglichen Rechten Dritter freies Eigentum an der vermachten Sache verschafft sei, ihm aber nicht das habere licere gewährleistet werde.[2] Diese im Gesetze für das Genus legat

1) S. dazu unsere Auffassung dieser Sentenz oben S. 41—46.
2) Bekker S. 257—58.

ausdrücklich aufgestellte Regel sei analog auch auf andere Genusobligationen ad dandum anwendbar. Diese generis obligationes ad dandum stellt Bekker dann den obligationes ad dandum einerseits und dem Kaufe und den kaufähnlichen Geschäften andererseits als die selbständige Gruppe der „obligationes ad dandum, ut habere liceat" gegenüber.[1] Den Gegensatz zwischen den §§ 1 und 2 der l. 45 sieht Bekker demnach darin, dass dort der Erbe zum dare, ut habere liceat, hier dagegen nur zum „einfachen dare" verpflichtet sei.

Auf dieser Grundlage erklärt Bekker dann weiter die l. 46 dahin, dass diese sich auf jedwede Stipulation beziehe, da nach seiner Auslegung der l. 45 deren Regeln für alle Promissionen passten, mithin keine Veranlassung vorliege, sie auf Schenkungspromissionen zu beschränken.

Weshalb wir — trotz des „dare" im § 2 der l. 45 — es nun für falsch halten, mit Bekker eine Verpflichtung des Erben zur Rechtsverschaffung beim Spezieslegat anzunehmen, ist in der Hauptsache bereits an anderer Stelle (s. oben Seite 54 Nr. 1) erörtert worden; hier sei nur noch hinzugefügt, dass es eine grosse Reihe von Stellen in corpus juris gibt, in denen „dare" nur die Bedeutung von „hingeben", nicht die strengere von „ins Eigentum übertragen" zukommt, so z. B.:

§ 2 J. 3,14: Item is, cui res aliqua utenda d a t u r, id est commodatur, re obligatur ....;

1) Bekker S. 265.

oder l. 1 pr. D 16,3: Depositum est, quod custodiendum alicui datum est;

ferner l. 60 pr. D 19,2: paratus locator commodam domum ei ad habitandum dare.

In diesen drei Stellen wird das „dare" mit Bezug auf die Leistungen des Verleihers, des Hinterlegers und des Vermieters gebraucht, mit Bezug auf Leistungen also, die auch nicht entfernt mit Eigentumsverschaffung etwas zu tun haben. Angesichts dieser beredten Sprache der Quellen braucht man folglich kein Bedenken zu tragen, dem „dare" auch im § 2 der l. 45 die Bedeutung „Eigentum verschaffen" abzusprechen, umsoweniger, als es — wie wir schon gesehen haben — mit dem Wesen der Geschäfte ex lucrativa causa durchaus unvereinbar ist, im Falle der Speziesschuld eine Rechtsmängelhaftung eintreten zu lassen.

Unsere Auffassung wird zudem noch dadurch bestätigt, dass mehrere Quellenstellen zwar für das Genuslegat eine Rechtsmängelhaftung ausdrücklich anerkennen, dagegen sich keine einzige Stelle findet, durch die unzweifelhaft der Nachweis einer Rechtsverschaffungspflicht beim legatum speciei erbracht würde: der Schluss e contrario, dass das Gesetz eine Rechtsgewährleistungspflicht beim Spezieslegat stillschweigend ausschliessen wolle, ist demnach wohl zulässig. Die betr. auf das Gattungsvermächtnis bezüglichen Stellen sind: die l. 29 § 3 D leg. III, welche lautet:

Si heres tibi, servo generaliter legato, Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset, posse te ex testa-

mento agere, Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis; et hoc verum puto;

und die l. 58 D de. ev. 21,2, wo es heisst: Heres servum non nominatim legatum tradidit, et de dolo repromisit, postea servus evictus est, agere cum herede legatarius ex testamento poterit, quamvis heres alienum esse servum ignoraverit.

Ist somit wohl die Unrichtigkeit der Bekker-schen Auslegung der l. 45 bewiesen, so folgt daraus von selbst, dass auch Bekkers Auffassung der l. 46 hinfällig sei. Seine Behauptung, letztere beziehe sich auf alle Promissionen, ruht nämlich auf dem Fundament der Bekker'schen Erklärung der l. 45, wonach in dieser lex durchweg eine Rechtsverschaffungspflicht statuiert wird. Mit diesem Fundament muss nun auch der Oberbau zusammenstürzen; denn die richtige Koch'sche Deutung leidet — nach Bekkers eigenem (bereits anderen Orts[1] erwähnten) Geständnis — keine Anwendung auf die l. 46. Diese ist infolgedessen nicht von allen Promissionen, sondern — gemäss dem hier ursprünglich aufgestellten Satze — nur von den Schenkungspromissionen zu verstehen.

Für die Richtigkeit dieser (Koch'schen) Annahme gibt es aber, nachdem so alle anderen Erklärungsversuche sich als unbefriedigend erwiesen haben, auch noch positive Beweise: Zunächst ist die Koch'sche Ansicht die einzige, die den Gegensatz zwischen l. 45 und l. 46, der — wie oben bewiesen — vorhanden

1) S. oben S. 61 Anm. 2.

ist, richtig beachtet. Sodann liegt aber auch ein sehr schwerwiegender Grund dafür, dass die l. 46 — von der stipulatio donandi causa verstanden — gerade in der Lehre von den Legaten sich findet, in der Verwandtschaft der beiden Institute Schenkung und Vermächtnis. Dass eine solche besteht, ergibt sich schon aus der Gemeinsamkeit des lukrativen Elementes, ist aber auch sonst so einleuchtend, dass es wohl kaum noch des Hinweises auf eine die engen Beziehungen zwischen legatum und donatio zum Ausdruck bringende Institutionenstelle Justinians (§ 1 J de leg. II, 20) bedarf, welche lautet: „Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta."

Also in diesem Sinne stützt sich die herrschende Meinung allerdings auf die Verwandtschaft zwischen Vermächtnis und Schenkung und auf die zitierte Institutionenstelle, nicht in dem ihr von Thibaut [1] irrtümlich untergeschobenen, „dass man jede Schenkung nach den Grundsätzen der Legate behandeln müsse" oder dass aus der Wesensähnlichkeit beider Institute die Berechtigung abgeleitet worden wäre, die in der l. 45 § 1 für das Legat ausgesprochene Regel durch die l. 46 auf die Schenkungsstipulation zu übertragen. Den Grund für diese Übertragung sehen die Anhänger Kochs vielmehr, soweit die Rechtsverschaffungspflicht iu Frage kommt, in der Gemeinsamkeit der Stipulationsform beider Institute, soweit dagegen die Eviktionsverbindlichkeit in Frage kommt, in der Natur der Gattungsschuld, um die es sich in

1) Thibaut S. 63—64.

beiden Gesetzesbestimmungen handelt: Die Stipulationsform erzeugt eine Verpflichtung zum dare, die Natur der Gattungsschuld verpflichtet, nicht die schlechteste Spezies der Gattung zu leisten, d. h. hier: die Leistung so zu bewirken, dass mindestens das habere licere gewährleistet ist. Das sind für eine jede Stipulation und für eine jede Genusschuld zutreffende Gesetze, deren Richtigkeit also Kochs Anhänger nicht erst — wie Thibaut meint — durch Berufung auf irgend welche anderen Gründe (wie z. B. hier den gemeinsamen lukrativen Charakter von Schenkung und Vermächtnis) zu erweisen brauchen. Die dem Genuslegat und der generischen Schenkungsstipulation gemeinsame Haftung wegen Rechtsmängel tritt so wenig infolge des lukrativen Charakters von Schenkung und Vermächtnis ein, dass man beinahe sagen könnte, sie sei vielmehr trotz dieses lukrativen Charakters aus der Natur der Stipulation bezw. der Gattungsschuld herzuleiten!

Bemerkt sei noch betr. des Verhältnisses zwischen der donatio promittendo generis und promittendo speciei, dass die Rechtsverschaffungspflicht sich hiernach als eine Konsequenz der Regel, dass die Stipulation zum dare verpflichte, die Eviktionsverbindlichkeit als eine Konsequenz der dem Gattungsschuldner obliegenden besonderen Verpflichtung, nicht das Schlechteste zu leisten, darstellt.

Damit dürfte der Nachweis, dass der stipulator donandi causa nur, falls es sich um die Schenkung einer Gattungssache handelt, wegen mangelnder Rechtsverschaffung und wegen Eviktion haftet, erbracht sein.

Dass hier nur von der Schenkungsstipulation die Rede ist, kann nicht weiter auffallen, wenn man bedenkt, dass dem Verfasser der l. 46, Pomponius das erst durch Justinian eingeführte formlose Schenkungsversprechen noch nicht bekannt sein konnte, sondern eben nur das Schenkungsversprechen in Form der Stipulation. Dass die letztere aber trotz ihrer strikten Natur wohl fähig ist, den wahren Charakter des zugrunde liegenden (insbesondere des lukrativen) Geschäftes, den eigentlich geplanten wirtschaftlichen Erfolg, an den Wirkungen des Geschäftes zum Ausdruck zu bringen,[1] ist bereits nachgewiesen worden. Die l. 46 enthält also die Normen für die Rechtsgewährleistung gerade beim animo donandi abgegebenen Versprechen, für dieses aber auch ganz allgemein, ohne Rücksicht darauf, ob das Versprechen — wie zu Pomponius Zeiten — stipuliert sein musste oder ob es — wie nach Justinian — auch formlos abgegeben werden konnte.[2]

bb. l. 18 § 3 D de don. 39,5. — c. 2 C de ev. 8,44. — l. 48 D de rei vind. 6,1. — (l. 131 D de verb. oblig. 45,1). —

Diese Stellen, gewöhnlich von den Gegnern der herrschenden Meinung als Beweise gegen diese angeführt, müssen zu einer wertvollen Ergänzung des für die Koch'sche Ansicht bisher erbrachten Materials werden, wenn man sie in dem von uns oben (S. 36—38) allein für richtig befundenen Sinne auffasst, d. h. sie nur von der donatio dando versteht. —

1) Baron S. 348—49.
2) Metz S. 31—32. Fabian S. 19—20.

§ 8.

d. Das Resultat.

Die aus den Quellen gewonnenen Ergebnisse lassen sich kurz in folgende Sätze zusammenfassen:

1) der Schenker haftet wegen **Rechtsmängel** (mangelnder Rechtsverschaffung und Eviktion) voraussetzungslos nur bei der donatio generis (promittendo);

2) gleichwohl ist er auch bei der donatio speciei, sei sie nun dando oder promittendo erfolgt, nicht von jeder Haftung für die dem Geschenk anhaftenden Rechtsmängel frei; die ihn hier treffende Haftung für dolus ist aber keine Rechtsmängelhaftung, sondern — wie stets, wenn ein doloses Handeln vorliegt — deliktischer Natur. Wie sie im dolus des Schenkers ihren Grund hat, so findet sie in ihm auch ihre Grenze hinsichtlich ihres Umfanges: der donator speciei hat nur für die gerade durch seinen dolus dem Beschenkten zugefügte Schädigung aufzukommen (also z. B. für Prozesskosten, Verwendungen auf das Geschenk, die einem Abkäufer des Beschenkten verfallene dupla u. s. f.), keinesfalls aber für das volle Interesse. Das ergibt sich aus l. 18 § 3 D 39,5. Die hiernach zuständige Klage ist die actio doli;

3) eine besondere Garantieübernahme wegen Rechtsmängel erzeugt, sofern sie freiwillig erfolgt, stets eine Rechtsgewährleistungspflicht. Ausdrücklich bestimmt ist dies für die donatio dando in l. 2 C de ev. 8,44, ergibt sich aber daraus als selbstverständlich auch für die donatio promittendo. Diese

Rechtsmängelhaftung beruht aber auf der besonderen Voraussetzung der Haftungsübernahme des Schenkers und ist nicht — wie bei der donatio generis — ein Ausfluss der Schenkung an sich. Betreffs ihres Masses ist im allgemeinen auf das oben S. 44—46 Gesagte zu verweisen. Danach haben wir zu unterscheiden zwischen der donatio dando und der donatio promittendo: bei dieser verpflichtet sich der Schenker nach Massgabe seiner Garantieübernahme, also in der Regel zum Ersatze des „vollen Interesses", das der Beschenkte am giltigen Zustandekommen der Schenkung gehabt haben wird, bei jener dagegen haftet er nur wie ein doloser donator speciei, also nach der Regel oben zu 2).[1] — Die Garantieübernahme ist nur giltig in Form der Stipulation;

4) wie die Rechtsmängelhaftung vom Schenker besonders übernommen werden kann, so lässt sie sich in dem oben unter 1) angeführten Falle naturgemäss auch durch Vertrag zwischen den Parteien ausschliessen bezw. ermässigen. Den Hauptfall bildet hier die Hingabe und Annahme eines Geschenkes, dessen Rechtsmängel beiden Vertragschliessenden bekannt sind;

5) das formlose Schenkungsversprechen steht seit seiner Klagbarmachung durch Justinian dem stipulierten hinsichtlich der Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte gleich.[2]

1) Fabian S. 5—8.
2) Fabian S. 8—9.

§ 9.

4. Das Gemeine Recht.

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich lediglich auf das römische (justinianische und vorjustinianische) Recht. Das Gemeine Recht ist nun im Allgemeinen auf diesem Standpunkte stehen geblieben. Nur von einer Seite, nämlich von Bekker,[1] wird eine Abweichung behauptet. Nach diesem Schriftsteller basiert für das gemeine Recht die Klagbarkeit des formlosen Schenkungsversprechens nicht mehr auf der c. 35 § 5 C de don. 8,54, sondern auf dem gemeinrechtlichen Satze der Klagbarkeit aller giltigen Parteivereinbarungen. Infolge dieses Satzes komme es darauf an, „welche Art von Leistung der Schenker versprochen" habe, sodass die Streitfrage der „Eviktionsleistung" bei der Schenkung für das Gemeine Recht nur noch eine historische Bedeutung habe. Der zweideutige Sinn des Wortes „schenken" liesse freilich manchmal Zweifel aufkommen, ob nun eigentlich Übertragung des Eigentums oder nur des dem Schenker selbst zuständigen Rechtes gewollt sei; indes hier könne der Richter entscheiden, indem er dem Beklagten den — meistenteils nicht allzu schwer zu erbringenden — Beweis seiner Ansprüche auf Rechtsverschaffung auferlege.

Diese Deduktion leidet — wie Blohm[2] ganz richtig hervorhebt — an verschiedenen Fehlern: 1) sie bedeutet für das Gemeine Recht keine Neuerung

1) Bekker S. 250.
2) Blohm S. 24—28.

gegenüber dem corpus juris Justinianeus, insoweit sie sich auf die ausdrücklich vereinbarte (oder sich durch unmittelbare Schlussfolgerung ergebende) Haftungsübernahme, -ausschliessung oder -milderung bezieht (s. o. S. 70, 77 Nr. 3 und 4); 2) sie geht irrtümlicherweise von der Zweideutigkeit des Begriffes „schenken" aus. Zwar hat dieser eine andere Bedeutung, je nachdem es sich um eine donatio speciei oder um eine donatio generis handelt; bei jeder dieser beiden Arten hat er indes einen durchaus klar und scharf ausgeprägten Sinn: es ist, auch ohne ausdrückliche Erklärungen des Schenkers, das von diesem im einen und im anderen Falle hinsichtlich seiner Verbindlichkeit zur Rechtsgewährleistung Gewollte nicht misszuverstehen: der donator speciei will — wie schon des öfteren hervorgehoben wurde — nur so leisten, wie er selbst hat, oder — falls sich der zu leistende Gegenstand noch nicht in seinem Vermögen befindet —, wie er selbst erwirbt, der donator generis dagegen dem Beschenkten für die einwandfreie rechtliche Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes und für das Haben- und Behaltendürfen einstehen.[1] Das erkennt auch Bekker an,[2] wenn er sagt, dass „wenn die zu schenkenden Sachen generisch bestimmt worden" seien, der Beschenkte den Nachweis der „Eviktionsleistungs"absicht des Schenkers mit Leichtigkeit führen könne.

Unser für das justinianische Recht gewonnenes Resultat (s. oben § 8) behält also für das Gemeine Recht seine Giltigkeit.

1) Abweichend Blohm S. 26.
2) Bekker a. a. O.

§ 10.

5. Umfang der Rechtsgewährleistungspflicht beim Schenkungsversprechen einer Genussache.

Bisher blieb die Frage noch unerörtert, in welchem Masse der Schenker in dem Falle, in dem wir eine Verpflichtung zur Gewährleistung überhaupt annehmen, nämlich beim Schenkungsversprechen einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, wegen Rechtsmängel haftet.

Die Ansichten sind hier ebenso geteilt wie bei der Frage, in welchem Falle der Schenker verbunden sei, wegen Rechtsmängel zu haften. Nur ein Autor findet sich, der dem Schenker ausschliesslich den gerade für die Eviktionsleistung typischen Ersatz des vollen Interesses auferlegen will, nämlich Bekker.[1] Er stützt sich, im Gegensatze zu Iherings Theorie von der Genusschuld, darauf, dass das ursprünglich „generisch bestimmte" doch spätestens mit der Leistung einer Spezies „in ein speziell bestimmtes Rechtsgeschäft" übergehe; darum lebe auch die alte Unbestimmtheit der generischen Obligation nicht wieder auf", wenn die geleistete Spezies evinziert werde, sondern es sei dem Empfänger das Interesse zu ersetzen, dass gerade diese Spezies ihm „entrissen" wurde.

Dagegen will Windscheid[2] dem Beschenkten die Wahl zwischen der Leistung des Interesses und der einer anderen Spezies gestatten.

---

1) Bekker S. 314 ff.
2) Windscheid S. 349 Anm. 8 (§ 342 Note 6a).

Alle anderen Vertreter der herrschenden Meinung [1] sind der Ansicht, dass der Gewährleistungsanspruch auf Leistung einer anderen Spezies gehe. Dem schliessen auch wir uns an, und zwar mit der folgenden Begründung:

Nach unsern bisherigen Feststellungen haftet der donator generis für „dare, ut habere liceat", d. h. seine Rechtsmängelhaftung stellt sich dar als eine Kombination von Rechtsverschaffungsprinzip und Eviktionsprinzip. Nach dem Rechtsverscchaffungsprinzip verpflichtet nun die Lieferung eines mit Rechtsmängeln behafteten Gegenstandes ebenso zweifellos zur Neuleistung, wie sie nach dem Eviktionsprinzip einen Anspruch auf Interessenersatz begründet. Indes man vergesse doch nicht, dass wir es bei der donatio generis nicht mit einer Eviktionsleistungspflicht im gewöhnlichen Sinne des Wortes, wie sie insbesondere dem Wesen des Kaufvertrages (der stipulatio duplae) entspricht, sondern mit einer (zu der primären Rechtverschaffungspflicht hinzutretenden) aus dem Wesen der generischen Obligation, — genauer gesprochen — aus dem Satze, dass bei einer Gattungsschuld der Schuldner nicht das Schlechteste leisten dürfe, gefolgerten Eviktionsverbindlichkeit zu tun haben. Hier haben wir den Schlüssel für die richtige Lösung der gegenwärtigen Frage nach dem Umfange der Rechtsmängelhaftung bei der donatio generis! Wie die Eviktionsverbindlichkeit beim Schenkungsversprechen einer Gattungssache im Wesen der Gattungsschuld

1) S. die oben S. 25 Anm. 2 Genannten.

ihre Wurzel hat, so findet sie in ihm auch ihre Grenze.

Welche Konsequenzen ergeben sich mithin aus der Natur der generischen Obligation für unsere Frage? Der Ihering'schen Theorie der Gattungsschuld, die unseren bisherigen Ausführungen zu grunde liegt, schliessen wir uns auch in dieser Frage an. Diese Stellungnahme eingehend zu begründen würde hier indes zu weit führen. Die Quintessenz der Ihering'schen Theorie bildet der schon öfter erwähnte Satz, dass das genus in obligatione, die species dagegen nur in solutione, durch die Eviktion der letzteren folglich auch „der Schein der Solution beseitigt sei; es würde dann also nach wie vor das genus geschuldet" und „zu leisten sei ein beliebiges Individuum aus dem genus".[1] M. a. W.: dem Wesen der Gattungsschuld entspricht auch im Falle der Eviktion eine Neuleistungs- nicht eine Schadensersatzpflicht. Damit wird eine Möglichkeit, die angesichts der Verpflichtung des donator generis zur Rechtsverschaffung **und** zur Eviktionsleistung an sich in Erwägung zu ziehen war, nämlich den donator generis auf Neuleistung **und** Interessenersatz haften zu lassen, praktisch bedeutungslos; denn eine Neuleistungspflicht ist nun sowohl das Postulat des Rechtsverschaffungsprinzips als auch — im Falle der Gattungsschuld — dasjenige des Eviktionsprinzips. In diesem Siege der dem Rechtsverschaffungsprinzip stets und seinem Wesen nach eigentümlichen Neu-

1) Bekker S. 314—15.

leistungspflicht über die grundsätzlich dem Eviktionsprinzip entsprechende Schadensersatzpflicht mag auch eine neue Bestätigung des von uns stets betonten Satzes, dass der donator generis prinzipiell für Rechtsverschaffung, nebenbei allerdings auch wegen Eviktion hafte, erblickt werden.

Zudem entspricht dieses Ergebnis auch durchaus dem Wesen des generischen Schenkungsversprechens, wie es von uns an anderer Stelle entwickelt worden ist. Danach muss das vernunftgemässe Streben des Gesetzgebers auf einen billigen Ausgleich der Parteiinteressen gerichtet sein. Es hiesse nun geradezu, diesen Interessenausgleich zunichte machen, würden wir dem Beschenkten einen Anspruch auf das volle Interesse einräumen: Beides würde gegen das „ne liberalitatis suae poenam patiatur" auf das Ärgste verstossen. Der Interessenersatz träfe den Schenker unverhältnismässig schwer; denn er bürdete ihm nicht nur mehr, sondern auch qualitativ anderes auf, als zu übernehmen ursprünglich in seinem Plane lag, wie beispielsweise Vergütung des dem Beschenkten von Dritten gerade für die evinzierte Sache gebotenen hohen Preises.

Des Schenkers Pflicht ist das „dare, ut habere liceat", diese Pflicht hat er noch nicht erfüllt, da er an dem einen hingegebenen Individuum dem Beschenkten weder das volle Recht noch habere licere gewährt hat; aber noch steht ihm das ganze übrige genus mit seiner ganzen endlosen Materialfülle zur Verfügung und ermöglicht ihm, seiner Verpflichtung so, wie er sie übernahm mit dem von ihm voraus-

zusehenden Kräfteaufwande nachzukommen. Und nun sollte er verbunden sein, eine ganz heterogene, eine ganz und garnicht vorgesehene Leistung, den Interessenersatz, zu bewirken, eine Leistung, die mir vor allem wegen ihrer Unabsehbarkeit im Vergleiche zu der — wenn auch dehnbaren, so doch immerhin vorher abzusehenden — Pflicht zur Leistung eines einwandfreien Individuums aus demselben Genus, mit den Schenkungsgrundsätzen im schärfsten Widerspruche zu stehen scheint? Wie der Interessenersatz aber den Schenker oft übermässig schwer trifft, so kann er in anderen Fällen dem Beschenkten nicht einmal genügen: „dare, ut habere liceat" muss der Schenker gewähren, kann der Beschenkte verlangen, nicht mehr, aber auch nicht weniger! Dass der Beschenkte sich mit einer für ihn, der ein von Rechtsmängeln freies Exemplar aus dem versprochenen Genus erwartet und erwarten darf, vielleicht recht bedeutungslosen Abfindung in Gelde begnügen soll, mutet demgegenüber an, als hätte der Schenker infolge Erschöpfung der Vorräte der Gattung seine Insolvenz zu diesem „dare, ut habere liceat" erklären müssen und einen Zwangsvergleich in Gestalt des Interessenersatzes angeboten.

Damit dürfte Bekkers Ansicht, dass der donator generis wegen Rechtsmängel zum Interessenersatze verpflichtet sei, widerlegt sein.

Ist aber die Bekker'sche Ansicht hinfällig, so muss es eo ipso auch diejenige Windscheids sein.

Kapitel II.

Das BGB.

§ 11.

I. Das Prinzip.

Die im 1. Entwurf zum BGB. beibehaltene römisch-gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen Gattungs- und Speziesschenkung wurde bereits im 2. Entwurfe und später auch im Gesetzbuche selbst verlassen und durch eine andere ersetzt: nämlich die zwischen Schenkungen aus den Vermögensbeständen des Schenkers und solchen Schenkungs v e r s p r e c h e n, die erst den Erwerb des zu schenkenden Gegenstandes durch den Schenker notwendig machen. Darin aber sind sich das bisherige und das heutige Recht gleich geblieben, dass der Schenker p r i n z i p i e l l wegen Rechtsmängel n i c h t zu haften braucht. Das ergibt sich mit vollkommener Klarheit aus der Fassung des § 523 Abs. I BGB., der ganz allgemein vom „Schenker" redet, während der Absatz II dieses Paragraphen den b e s o n d e r e n F a l l des Versprechens eines erst zu erwerbenden Gegenstandes behandelt, und sich somit als A u s n a h m e von den im Absatz I aufgestellten Grundsatze darstellt.

Dagegen liesse sich nun einwenden, dass doch auch der § 523 Abs. I, der das von uns angenommene Prinzip enthalten soll, von einer Haftung des Schenkers spricht, nämlich von einer solchen wegen arglistigen Verschweigens ihm bekannter Rechtsmängel. Die Verpflichtung hierfür aufzukommen vermag jedoch an unserem Prinzip nichts zu ändern, da sie mit der speziellen Gewährleistungspflicht des Schenkers wegen Rechtsmängel garnichts zu tun hat, vielmehr auf dem überall im Rechte zu einer Haftung führenden ausservertraglichen Momente der Arglist beruht.

Die diese Haftung wegen arglistigen Verschweigens (§ 523 Abs. I BGB.), sowie die ausnahmsweise Gewährleistungspflicht des Schenkers (§ 523 Abs. II. BGB.) betreffenden Einzelheiten, vor allem ihre besonderen Voraussetzungen, ihr Wesen und ihr Umfang sollen der späteren Darstellung vorbehalten bleiben. An dieser Stelle sei nur nochmals hervorgehoben, dass — wie die frühere Unterscheidung zwischen Gattungs- und Speziesschenkung im BGB. hinweggefallen ist — so auch die Trennung der Glossatoren in sofort vollzogene Schenkungen („Handgeschenke")[1] und Schenkungsversprechen für unser heutiges Recht nur insofern noch Bedeutung hat, als eine Schenkung erst zu erwerbender Gegenstände stets Schenkungsversprechen ist, während umgekehrt eine Schenkung aus den eigenen Beständen des Schenkers sowohl „Handgeschenk" als auch „Schenkungsversprechen" sein kann.

---

1) Dernburg BGB. S. 126 II.

Was das Gesetzbuch unter diesen Begriffen versteht, lehrt der § 518 BGB. Nach diesem bedarf man bei der Abgabe eines Schenkungeversprechens der Mitwirkung des Gerichtes bezw. eines Notars. Ein zunächst ohne Beobachtung dieser Formvorschrift abgegebenes Schenkungsversprechen wird aber vollgiltig (das bedeutet der Ausdruck: „der Mangel wird geheilt"), sobald die formlos und somit ungiltig versprochene Leistung bewirkt wird (§ 518 Abs. II. BGB.) Diese Leistung ist mithin die Erfüllung eines nachträglich giltig gewordenen Schenkungsversprechens, das also auch hinsichtlich der Gewährleistung des Schenkers wegen Rechtsmängel dieselbe rechtliche Beurteilung erfährt, wie ein von vornherein giltiges; nicht aber ist sie ein mit dem voraufgegangenen, rechtlich wirkungslos gebliebenen Schenkungsversprechen in keinem Zusammenhange stehendes Handgeschenk. Als solches fasst es nämlich der 1. Entwurf ausnahmsweise auf, und zwar beim Vorliegen eines besonderen animus donandi, der z. B. stets anzunehmen sei, wenn der Schenker einem Schenkungsversprechen, dessen Formlosigkeit und daraus resultierende Ungiltigkeit ihm bekannt wären, trotzdem die Übergabe des versprochenen Gegenstandes an den Beschenkten folgen lasse. Wo indes eine solche Schenkungsabsicht bei der Übergabe nicht klar ersichtlich war, hielt der Entwurf I nur den Versuch, das ungiltige Schenkungsversprechen zu erfüllen, für vorliegend, indem er diesem Versuche aber nicht die Fähigkeit beilegte, die anfängliche Ungiltigkeit des Schenkungsversprechens mit rückwirkender Kraft zu beseitigen, versagte er

auch dem Versuche selbst die Wirksamkeit (nach § 813 BGB.), indem er ihn als Erfüllung einer Nichtschuld charakterisierte. Diese verschiedenartige Behandlung der Hingabe donandi causa und der von ersterer an sich schon schwer zu unterscheidenden Hingabe solvendi causa liess für die Praxis Verwirrungen befürchten, die zu verhindern, das BGB. beide Arten der Hingabe einander gleichgestellt und mit Rechtswirkung ausgestattet hat. Mithin hat ein Schenkungsversprechen selbst dann, wenn es gegen die Formvorschrift des § 518 Abs. I BGB. verstösst, die im § 523 Abs. II. bezeichneten Folgen, hinsichtlich der Verpflichtung des Schenkers zur Rechtsgewährleistung, vorausgesetzt, dass die den Formmangel heilende Vollziehung des Schenkungsversprechens, m. a. W. die Hingabe des geschenkten Gegenstandes, bereits stattgefunden hat, und das wird ja in dem Augenblicke, in dem die Gewährleistungspflicht des Schenkers wirklich praktisch wird, zumeist der Fall sein.[1]

Wir kommen nun zur genaueren Besprechung der Fälle des § 523 Abs. I BGB.

§ 12.

II. Schenkung eines Gegenstandes aus den Beständen des Schenkers (§ 253 Abs. I BGB.).

Unter diesen Abschnitt fallen — wie schon angedeutet — sämtliche Arten der Schenkung, die dem älteren Rechte bekannt waren: Schenkungsversprechen

1) Fabian S. 30—33.

und Handgeschenke, Schenkungen von Spezies- und Schenkungsversprechen von Gattungssachen. Ihnen allen ist, wofern nur das Objekt der Schenkung dem Vermögen des Schenkers entnommen wird, der Satz gemeinsam „dass der Schenker den Gegenstand nur so gewähren will und soll, wie er ihn hat. Zur Verschaffung eines Rechtes an dem Gegenstande, welches der Schenker selbst nicht hat, ist er demnach nicht verpflichtet, und er haftet also wegen Mangels im Rechte regelmässig nicht".[1]

Ist aber ein solcher Mangel dem Schenker bekannt, und „verschweigt" er ihn „arglistig", so soll er — unbeschadet dieses Grundsatzes — allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechend verpflichtet sein, „den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen". Zunächst hat sich über die Bedeutung des „arglistigen Verschweigens" eine Meinungsverschiedenheit unter den Gelehrten gebildet. Während nach Schollmeyer[2] bereits dann die Haftung eintritt, wenn der Schenker den Mangel nicht nennt, obschon er ihm bekannt ist, hält die überwiegende Mehrzahl der übrigen Schriftsteller diese Merkmale zur Bestimmung des Begriffes des „arglistigen Verschweigens" noch nicht für ausreichend. Man beruft sich — und zwar mit Recht! — darauf, dass der blosse Umstand, dass der Schenker einen ihm bekannten Rechtsmangel verschweige, noch nicht ein arglistiges Handeln desselben voraussetze; denn er könne ihn z. B. in der Annahme

1) Planck S. 287.
2) Schollmeier S. 28.

verschweigen, dass auch der Beschenkte ihn kenne.[1] Auch lässt sich nicht recht erklären, warum das Gesetzbuch von der mit Bezug auf die Auslegung Schollmeyers vollkommen verständlichen Terminologie des 1. Entwurfes („gekannt und dem Erwerber verschwiegen") abgewichen sein sollte, wenn es im Schollmeyer'schen Sinne zu verstehen wäre. Die Motive,[2] auf die Schollmeyer verweist, sprechen mehr gegen als für ihn. Sie gebrauchen zwar zunächst ganz allgemein den Ausdruck „Kennen und Verschweigen", um überhaupt den Fall zu bezeichnen, in dem bei der Speziesschenkung der Schenker haftet. Aber schon im zweitfolgenden Satze erläutern sie diesen Ausdruck dahin, dass er sich, „wie in § 380", auf „den dolus malus (böse Absicht, Arglist)" beziehe. In Wahrheit finden wir also schon im 1. Entwurfe (das im Entwurfstexte allerdings nicht präzise ausgedrückte) Moment der Arglist,[3] dessen Erfordernisse nach dem ausdrücklichen Wortlaut auch der Motive über das „Kennen und nicht Nennen" Schollmeyers hinausgehen. Sollte aber noch ein Zweifel an der Richtigkeit dieser Deduktion bestehen, so wäre noch auf Windscheid zu verweisen, den die von Schollmeyer angezogene Stelle der Motive[4] zitiert. Dieser sagt nämlich:[5] „Schenkt er" (der

1) Oertmann Anm. 2 zu § 443 BGB.; Crome S. 515—16; Planck Anm. zu § 443 BGB.; Dernburg BGB. S. 126 II 1. a.

2) Motive II S. 296.

3) Unrichtig daher Endemann § 165 Anm. 1 u. ihm folgend Fabian S. 34—36.

4) Motive a. a. O. Anm. ***.

5) Windscheid § 366 No. 4 Anm. 7.

Schenker) „wissentlich eine fremde Sache als eigene, so haftet er aus seiner Arglist". Hier haben wir also zugleich die wirkliche Definition der Arglist: Das Verschweigen „in Kenntnis des Mangels und in der Absicht, dem Käufer den Mangel zu verheimlichen",[1] macht ihr Wesen aus. M. a. W. das Nichtnennen des Mangels muss eine Tücke des Schenkers darstellen, vor allem durch Ausbeutung der Ahnungslosigkeit des Beschenkten.[2] Letzterem liegt jedoch der Beweis der Arglist ob.[3]

Lebhafter Streit hat sich des Weiteren wegen der von der zweiten Kommission[4] der Wissenschaft und Praxis zur Entscheidung überlassenen subtilen Frage erhoben, ob denn in den Fällen des § 523 Abs. 1 BGB. der Schenker haftbar sei, wenn er den Rechtsmangel zwar nicht gekannt habe, seine Unkenntnis aber auf grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen und die eigentliche Ursache für das Zustandekommen des Schenkungsvertrages geworden sei.[5] Diejenigen, welche

1) Fischer-Henle Anm. 3 zu § 443 BGB.

2) Ähnlich Meisner Anm. 2 zu § 523 BGB.; Plank Anm. zu § 443 BGB.; Endemann § 165 Anm. 1 u. a.

3) S. Planck a. a. O. für den Kauf.

4) Prot. II S. 1660–61.

5) Nach einigen Schriftstellern scheint es, als könnte man auch der Frage näher treten, ob der Schenker haften müsse wegen einer in der fahrlässigen oder **grobfahr**lässigen Annahme, dem Beschenkten sei der Rechtsmangel ebenfalls bekannt, verschwiegenen Kenntnis des Mangels im Rechte; so nach Crome (S. 515 Anm. 25): „wenn der Schenker annehmen durfte, dass dem Beschenkten der Mangel bekannt sei"; Fabian (S. 36) „in der wohlbegründeten Annahme" usw. — Ich glaube dem entgegen, dass der Wortlaut des § 523 Abs. 1 BGB. jede Haftung für nicht arglistige Kenntnis ausschliesst und nur die oben im Texte gestellte Frage nach der Haftung für fahrlässige

in einem solchen Falle den Schenker für haftbar halten, schlagen zur Begründung ihrer Ansicht zwei verschiedene Wege ein; die einen[1] ziehen den § 307 BGB. heran, nach dem derjenige, der beim Vertragsschlusse die Unmöglichkeit der von ihm zu bewirkenden Leistung nicht kannte, dennoch zum Schadensersatze verpflichtet ist, wenn seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht; ein anderer Schriftsteller — Meisner[2] — hält ausserdem den § 521 BGB noch für anwendbar. Beides ist meines Erachtens unzutreffend; denn im § 521 — um mit dem letzten zu beginnen — ist zunächst an die Erfüllung („den Vollzug") des Schenkungsversprechens gedacht, hier aber handelt es sich um die durch Spezialvorschriften geregelte Gewährleistung wegen Rechtsmängel.[3] Der § 307 spricht aber nur von der objektiven Unmöglichkeit der Leistung, während doch die Leistung eines mit Rechtsmängeln behafteten Gegenstandes nicht überhaupt, sondern nur dem Schenker unmöglich ist (subjektive Unmöglichkeit).[4] Vor allem aber würde der Begriff „grobe Fahrlässigkeit" mit dem oben für die Fälle des § 523 Abs. 1 BGB. festgestellten

---

Unkenntnis offen lässt, dass folglich die fahrlässig (z. B. aus Vergesslichkeit) oder in der (grob-) fahrlässigen Annahme der Kenntnis des Beschenkten verschwiegene Kenntnis eines Rechtsmangels den Schenker nie haftbar macht.

1) Fischer-Henle Anm. 3 zu § 523 BGB. im Anschluss an die von der Kommission (s. Prot. II a. a. O.) erwogene Möglichkeit; Meisner Anm. 3 zu § 523 BGB.

2) Meisner a. a. O.

3) Fabian, S. 37.

4) Planck, Anm. 1a zu § 523 BGB.; Weyl, S. 351; Oertmann a. a. O.; Crome Anm. 25 zu § 231 (S. 515).

Prinzip, dass der Schenker nur so schenken wolle, wie er selbst hat, unvereinhar sein. Es kann ihm daher gleichgiltig sein, ob etwa Dritten Rechte an dem Gegenstande der Schenkung zustehen oder nicht. Ein noch so sorgloses Verhalten seinerseits mit Bezug auf diesen Punkt setzt ihn immer noch nicht dem Vorwurf aus, dass er grobfahrlässig gehandelt habe.

In der Dissertation von Fabian[1] wird endlich noch die Frage aufgeworfen, ob beim Schenkungsversprechen einer Gattungssache aus eigenen Beständen der Beschenkte vielleicht, unter Zurückweisung eines bekanntermassen mit Rechtsmängeln behafteten Gegenstandes einen andern — mangelfreien — zu verlangen berechtigt sei. Ich trete aber der verneinenden Antwort Fabians bei, und zwar aus dem auch von ihm angegebenen Grunde, dass dieser Punkt eine Frage der Erfüllung, nicht aber der Gewährleistung wegen Rechtsmängel und demnach der § 521 BGB. massgebend sei, nach dem eine Haftung des Schenkers nur aus dessen eigenem Vorsatze oder grober Fahrlässigkeit erwachsen kann, nicht aber der § 523 BGB. Man denke z. B. an folgenden Fall: A verspricht, dem B. eins von seinen Pferden zu schenken. Zwei Rappen, ein Schimmel und ein Fuchs machen seinen Pferdebestand aus. Der eine Rappe ist sein Eigentum; den andern hat er in „Pension", und wegen des Eigentums an dem Schimmel liegt er mit einem Nachbarn im Prozesse; den Fuchs endlich vermachte ihm sein Grossvater, der ihn — ohne dass dies dem A. bekannt wäre — vor Jahren gestohlen hat. Dann

1) Fabian S. 38—39.

wird B. den zweiten Rappen und den Schimmel, nicht aber den Fuchs unter Beanspruchung des ersten Rappen zurückweisen können.

Was nun den Umfang der Haftung aus § 523 Abs. 1 BGB. angeht, so hat der Beschenkte nicht mehr und nicht weniger zu verlangen, als den Ersatz des Schadens, den ihm der Schenker durch seine Tücke zugefügt hat. Ein Mehr würde jedenfalls bedeuten, dass der Schenker den durch sein bösliches Verhalten hervorgerufenen Schaden nicht nur wieder gut zu machen, sondern auch zu büssen hätte (was mit der Beseitigung der Privatstrafen durch das BGB. im Widerspruche stände); denn dass ohne das die Haftung erzeugende Moment der Arglist der Schenker nach § 523 Abs. 1 BGB. zu einer Gewährleistungspflicht, die vielleicht einen Anspruch des Beschenkten auf einen höheren Betrag als den gerade durch das arglistige Schweigen des Schenkers verursachten Schaden zu rechtfertigen vermöchte, an sich nicht verbunden ist, wurde schon erwähnt. Vor allem ist also der Beschenkte nicht berechtigt, das volle Interesse, das er an dem giltigen Zustandekommen der Schenkung hatte, vom Schenker einzufordern, vielmehr nur den gewöhnlich als „negatives Interesse" bezeichneten positiv erlittenen Schaden, wie Prozesskosten, „Versäumung anderer fester Erwerbsgelegenheit"[1] u. s. f. Das ergibt sich schon aus der verschiedenen Ausdrucksweise des Gesetzes im Absatz 1 („den daraus entstehenden Schaden") und Absatz 2 („Schadensersatz

1) Oertmann Anm. 2a zu § 523 BGB.

wegen Nichterfüllung") des § 523.[1] Im einzelnen richtet sich die Verpflichtung zum Schadensersatze nach den Vorschriften der §§ 249 ff BGB.

§ 13.

III. Schenkungsversprechen eines erst zu erwerbenden Gegenstandes (§ 523 Abs. II BGB.).

Aus dem Schenkungsversprechen eines erst zu erwerbenden Gegenstandes lässt — wie schon hervorgehoben wurde — das Gesetz den Schenker ausnahmsweise wegen Rechtsmängel haften, und zwar auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, — aber keineswegs voraussetzungslos! Vielmehr ist der Gewährleistungsanspruch des Beschenkten an die Vorbedingung geknüpft, dass der Schenker den Mangel beim Erwerbe des Gegenstandes erfahren habe oder dass er ihn nur infolge seiner gröblichen Nachlässigkeit nicht erfuhr. Der Rechtsgrund dieser Haftung ist streitig. Die Protokolle[2] — und mit ihnen mehrere Schriftsteller[3] — wollen in dem Erwerbe einen zur Erfüllung des Schenkungsversprechens gehörigen Akt sehen, der, da er im Interesse des Beschenkten erfolge, ein sorgfältiges Vorgehen des Schenkers erheische. Der Schenker müsse sich darum bekümmern, ob er beim Erwerbe auch den wahrhaft Berechtigten vor sich

1) Oertmann a. a. O.
2) Protokolle II S. 1662.
3) Planck Anm. 1b zu § 523 BGB.; Meisner Anm. 1 zu § 523 BGB.; Fabian S. 40—41.

habe und sich mit niemandem einlassen, bei dem er diese Überzeugung nicht habe. Tue er es trotzdem oder wisse er gar, dass der Gegenpartei der zu erwerbende Gegenstand nicht gehöre, so verstosse er vorsätzlich bezw. fahrlässig gegen seine Schenkerpflichten und werde demnach haftbar aus § 521 BGB. Ob er nachträglich den Beschenkten von seinem Misserfolge beim Erwerbe des Gegenstandes in Kenntnis setze oder nicht, sei also (im Gegensatze zu Abs. I des § 523 BGB.) völlig unerheblich; höchstens sei u. U. in einer Annahme des Beschenkten trotz Kenntnis des Mangels ein Verzicht auf den Gewährleistungsanspruch zu erblicken.[1] Diesen Ausführungen können wir uns schon deshalb nicht anschliessen, weil eine Haftung unter dem Gesichtspunkte des § 521 BGB. nur zum Ersatze des negativen Interesses verpflichten würde, während § 523 Abs. II BGB. von „Schadenersatz wegen Nichterfüllung spricht.[2] Vielmehr halten wir die gegnerische von Oertmann und neuerdings von Crome[3] vertretene Ansicht für die richtigere. Nach dieser ist die Haftung aus § 523 Abs. II (Satz 1) auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur das Surrogat einer weitergehenden, die ihrerseits auf der dem Schenker unbedingt obliegenden Verpflichtung zur Verschaffung des vollen Rechtes an der versprochenen Sache beruht. Nur eine solche Verschaffungspflicht kann als zureichender Rechts-

1) Fabian S. 40.
2) Oertmann Anm. 2c zu § 523 BGB.
3) Oertmann a. a. O.; Crome § 231, 5–6; auch Hellwig S. 284.

grund der Haftung aus § 523 Abs. II BGB. gelten; nur so vermag man es auch zu erklären, dass der Satz 2 des § 523 Abs. II durch Verweisung auf § 434 BGB. den Schenker dafür einstehen lässt, dass nicht Rechte Dritter auf dem Gegenstande der Schenkung lasten. Was nützte es dem Beschenkten wohl, das Nichtvorhandensein solcher Rechte bei Lieferung eines fremden Gegenstandes fordern zu dürfen, stände es ihm nicht vor allem zu, ein solches Schenkungsobjekt zu verlangen, an dem kein Dritter das stärkste aller Rechte, nämlich das Eigentumsrecht, geltend machen kann?[1] Die dagegen von den Protokollen[2] erhobenen Einwände haben nicht den Vorzug besonderer Schärfe für sich: Sie beziehen sich zunächst nur auf den Fall der Gattungsschuld, während wir eine Verschaffungspflicht selbst bei einer Individualleistung annehmen, diese Pflicht also nicht wohl auf das Wesen der Genusschuld stützen könnten, was ja tatsächlich auch nicht geschieht (s. o.). Aber selbst für den Fall der Gattungsschuld sehen die Protokolle in der Annahme einer Verpflichtung zur Rechtsverschaffung einen Verstoss gegen die Regel des § 243 Abs. II BGB. Dass nun aber dem Schuldner an dem ausgewählten Gegenstande das nach dem Vertrage geschuldete Mass von Recht zustehe, wird im § 243 BGB. bereits vorausgesetzt; hier handelt es sich nur um die Auswahl unter den hinsichtlich ihrer Rechtsverhältnisse geeigneten Gegenständen bezgl. ihrer sonstigen Beschaffenheit; das zeigt der Absatz 1 be-

1) Oertmann a. a. O.
2) Ihnen folgt Fabian S. 42.

sonders deutlich: Unter einer rechtlichen Beschaffenheit „von mittlerer Art und Güte" vermag ich mir nichts vorzustellen; aber angenommen selbst, man könnte dies, so würde doch wieder bei Lieferung eines Gegenstandes mit einem Rechtsmangel der durch Abs. II vorgeschriebenen „Konzentration des Schuldverhältnisses im Wege stehen, dass der Schenker nicht das Seinige getan hat, indem er keine Sache „von mittlerer Art und Güte" („einer solchen Sache"!) lieferte. — Sodann heisst es in den Protokollen, die Statuierung einer Rechtsverschaffungspflicht widerspreche den allgemeinen Grundsätzen der Eviktionsleistung. Unzutreffend ist hierbei zunächst, von „allgemeinen Grundsätzen der Eviktionsleistung" für das BGB. zu sprechen: Das BGB. hat allgemeine diesbezügliche Grundsätze nicht aufgestellt. Gemeint sind wohl die vom BGB. für den Fall mangelnder Rechtsgewährung beim Kaufe aufgestellten Grundsätze. Da aber[1] das Gesetzbuch auch hier nicht dem reinen Eviktionsprinzip folgt, sondern grundsätzlich auf dem Boden eines — allerdings im Sinne des Eviktionsprinzips modifizierten — Rechtsverschaffungsprinzips steht, so kann man den von den Protokollen angeführten Satz anstandslos anerkennen, ohne damit auch nur das Geringste gegen die Statuierung einer Rechtsverschaffungspflicht im Falle des § 523 Abs. II BGB. gesagt zu haben: das BGB. kennt eben das reine Eviktionsprinzip überhaupt nicht. Aber angenommen selbst, der Sinn des fraglichen von uns nicht be-

1) Cosack I § 125, III, 3b.

strittenen Satzes der Protokolle wäre, dass die Statuierung einer unbeschränkten Rechtsverschaffungspflicht beim Schenkungsversprechen einer Gattungssache sich nicht mit der im BGB. aufgestellten beschränkten Rechtsverschaffungspflicht beim Kaufe vereinigen lasse, so wäre es doch noch höchst bedenklich, Kauf und Schenkung — trotz ihrer völlig verschiedenen Natur — nach denselben Grundsätzen behandeln zu wollen. Das haben wir auch schon an anderer Stelle gesehen, wo es sich darum handelte, nachzuweisen, dass bei den Römern die Gewährleistungspflicht des Schenkers durchaus nicht etwa — wie die des Käufers — auf den Fall der Entwährung beschränkt gewesen sei.

Demgemäss gestaltet sich nun die Haftung des Schenkers wie folgt: Zunächst haftet er völlig voraussetzungslos (an die Beschränkungen des Satzes 2 des § 523 Abs. II ist dabei nicht gedacht!) für Verschaffung einer von Rechtsmängeln freien Sache. Ergibt sich indes die Unmöglichkeit der Leistung einer solchen im Sinne der §§ 275, 279 BGB., so ist er nunmehr grundsätzlich befreit. Ist ihm aber ein Verschulden oder eine grobe Fahrlässigkeit nachzuweisen — (diesen Beweis hat der Beschenkte zu führen) —, so hat er nunmehr Schadensersatz wegen Nichtverschaffung zu leisten,[1] selbst wenn er den Beschenkten nach dem Erwerbe des Gegenstandes von dessen Rechtsmangelhaftigkeit in Kenntnis gesetzt hat. In letzterem Punkte stimmen wir also mit den Gegnern überein, ebenso wie darin,

1) Oertmann Anm. 2c und 3 zu § 523 BGB.

dass vorbehaltslose Annahme seitens des mit dem Rechtsmangel vertrauten Beschenkten vom Richter u. U. als Verzicht auf weitere Haftung beurteilt werden kann.

Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung umfasst hier das volle Interesse, das der Beschenkte daran hat, dass der Schenkungsgegenstand in sein Eigentum gekommen wäre.

In den Fällen, in denen der Mangel sich beseitigen lässt, schliesst ausserdem der Anspruch auf Beseitigung, solange diese möglich ist, die Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus. Das ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über die Verpflichtung zum Schadensersatze (insbesondere aus den §§ 249—251 BGB.; auch § 253 :„in Geld!“[1]).

Im übrigen verweist § 523 Abs. II (Satz 2) auf die entsprechenden Vorschriften über den Kauf. Aus den angezogenen §§ 433 Abs. I, 434—437, 440 Abs. II—IV und 441 - 444 ergeben sich dann noch die folgenden für den Verschaffungs- wie für den Schadensersatzanspruch zum Teil gleichmässig geltenden Details:

1) Man denke hierbei z. B. an den Fall, dass die Rechtsmangelhaftigkeit des geschenkten Gegenstandes einen Vindikationsprozess der nächsten Verwandten des Beschenkten gegen diesen in Aussicht stellte, dessen wahrscheinliche Folge ein verwandtschaftliches Zerwürfnis mit all seinen Unannehmlichkeiten sein müsste: eine Geldentschädigung für den durch den Familienzwist hervorgerufenen „ideellen“ Schaden wäre hier (laut § 253 BGB.) nach eingetretener Entzweiung nicht zu verlangen, wohl aber (laut §§ 249, 253 BGB.) vor einer solchen, dass der Schenker den oder die wahren Eigentümer des geschenkten Gegenstandes zur Aufgabe ihres Rechtes veranlasste, andererseits aber auch vor Schaden bewahrte und somit die Ursache einer etwaigen feindseligen Stimmung gegen den Beschenkten beseitigte. —

Im Gegensatze zum römischen Rechte ist nach BGB. (§ 433 Abs. I) der Gewährleistungsanspruch wegen Rechtsmängel auch beim Kaufe grundsätzlich nicht mehr auf den Fall der Entwährung durch rechtskräftiges Urteil beschränkt; dass die Übertragung dieses Satzes auf die Schenkung kein Novum gegenüber dem älteren Rechte bedeutet, geht bereits aus früher Gesagtem hervor: auch nach römisch-gemeinem Rechte kam der Anspruch auf Rechtsgewährleistung (bei der donatio generis!) bereits infolge des blossen Vorhandenseins eines Rechtsmangels zur Entstehung. Dieser Satz wird aber für das Kaufrecht im BGB. durch die §§ 440 Abs. II – IV und 441 und demgemäss auch für das Schenkungsrecht (§ 523 Abs. II Satz 2) wesentlich gemildert im Sinne des römischen Erfordernisses der Eviktion. Um nämlich zu verhindern, dass der Beschenkte eine Gewährleistungsklage auf Schadensersatz[1] anstrenge, sich aber zugleich noch des Genusses der rechtsmangelhaften Leistung erfreue, ist bestimmt, dass bei Schenkung von beweglichen Sachen (§§ 523 Abs. II Satz 2, 440 Abs. II ff. BGB.), bezw. von Rechten an solchen (§§ 523 Abs. II Satz 2, 441 BGB.) die Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs unzulässig ist, solange der Schenker sich noch im Besitze der Sache befindet; ist das aber nicht mehr der Fall, so steht der Verfolgung des Anspruches nichts mehr im Wege. Dabei macht es dann keinen Unterschied, ob der Besitzverlust mit dem Rechtsmangel

1) Für die Klagen auf Schadensbeseitigung und Rechtsverschaffung gilt dies nicht. —

in ursächlichem Zusammenhange steht oder nicht.[1] Ein solcher Kausalzusammenhang kann z. B. darin bestehen, dass der Beschenkte dem Eigentümer das Geschenk „herausgeben" musste (oder — was dem gleichsteht — dessen Recht durch Erbgang, Abfindung oder sonstwie erworben hat), oder darin, dass der Beschenkte den Gegenstand seinem Auktor „zurückgegeben" bezw. ihm den Herausgabeanspruch gegen einen Dritten — (ermittelten) Dieb, Entleiher — abgetreten hat. Fälle, bei denen der ursächliche Zusammenhang zwischen Rechtsmangel und Besitzverlust fehlt, sind dagegen z. B. der Untergang des geschenkten Gegenstandes oder eine Entwendung desselben, wenn bei dieser der Täter noch unermittelt ist.

Im übrigen nennen die §§ 434—437 BGB. diejenigen Rechtsmängel, für deren Nichtvorhandensein gehaftet wird. Bemerkenswert ist hier, dass der § 439 BGB. auf die Schenkung nicht für anwendbar erklärt ist. Indes wird man nicht fehlgehen, wenn man die Nichterwähnung des § 439 BGB. in der Aufzählung § 523 Abs. II Satz 2 BGB. dahin auslegt, dass der im § 439 ausgesprochene Gedanke, dass nämlich der Verkäufer wegen dem Käufer bekannter Rechtsmängel nicht zu haften brauche, für die Schenkung sich als selbstverständlich schon aus deren Wesen, vor allem aus dem Umstande ergibt, dass ja die Schenkung nicht durchweg, sondern nur das Schenkungsversprechen eines erst anzuschaffenden Gegenstandes eine Rechtsmängelhaftung zu erzeugen

1) Crome S. 438—39 (besonders Anm. 9); Fabian Anm. 45 (S. 43).

vermag, und eine Erwähnung des § 439 im § 523 Abs. II Satz 1 somit überflüssig gewesen wäre. Andernfalls käme man nämlich zu dem ungeheuerlichen Resultat, dem ex lucrativa causa und nur ausnahmsweise (beim Schenkungsversprechen eines erst zu erwerbenden Gegenstandes) verpflichteten Schenker eine strengere Haftung aufzubürden, als dem ex onerosa causa und durchweg verpflichteten Verkäufer. Die Unanwendbarkeit der Ausnahmebestimmungen des § 439 Abs. II folgt sich dann allerdings aus der Uebergehung des § 439 im § 523 Abs. II Satz 2 in Verbindung mit der aus dem lukrativen Charakter der Schenkung sich notwendig ergebenden Bemessung der Schenkerpflichten. [1]

Eine Erweiterung, Ausschliessung und Milderung der Haftung ist nach dem BGB. ebenso zulässig wie nach römischem Rechte, die Ausschliessung und Milderung mit rechtlicher Wirkung aber nur dann, wenn nicht arglistiges Verschweigen des Mangels seitens des Schenkers vorliegt (§§ 523 Abs. II Satz 2, 443 BGB.)

Beweispflichtig für den vom Schenker bestrittenen Mangel ist der Beschenkte (§ 523 Abs. II Satz 2, 442 BGB.) Demgegenüber ist der Schenker stets (auch in den Fällen des § 523 Abs. I [2]) verpflichtet, dem Beschenkten die in § 444 BGB. bezeichneten Auskünfte zu erteilen.

Die durch Cosack angeregte Frage, ob die Schenkungsurkunde im Falle des § 523 Abs. II Satz 1 BGB. einen Passus enthalten müsse, der besage, dass der Schenker den z. Zt. noch nicht in seinem

1) Cosack I S. 492d; Fabian S. 41.
2) Planck Anm. 1b zu § 523 BGB.

Besitze befindlichen Gegenstand erst zu Gunsten des Beschenkten erwerben wolle,[1] oder ob es genüge, dass „die Beteiligten z. Zt. der Schenkung wissen oder voraussetzen, dass der Gegenstand derselben erst vom Schenker angeschafft werden soll", entscheiden wir mit Dernburg und Crome[2] im letzteren Sinne.

Schliesslich sei noch bemerkt, dass der Schenker beim Schenkungsversprechen wegen Kenntnis bezw. fahrlässiger Unkenntnis eines Rechtsmangels, nur dann haftet, wenn das Schenkungsobjekt erst angeschafft werden soll, d. h. wenn der Schenker den Rechtsmangel vor oder spätestens bei dem Erwerbe des Schenkungsgegenstandes erfährt oder erfahren müsste. Jede später erworbene Kenntnis des Schenkers von einem Rechtsmangel bezw. jeder spätere Eintritt von Umständen, die seine (des Schenkers) Unkenntnis zu einer grobfahrlässigen machen, könnte nur eine Haftung aus § 523 Abs. I BGB. zur Folge haben: es handelt sich dann eben nicht mehr um einen erst zu erwerbenden Gegenstand.

§ 14.

IV. Kritik (im Hinblick auf das ältere Recht.)

Unsere Beurteilung der vom BGB. aufgestellten Normen ergibt sich im Allgemeinen aus den an früherer Stelle aufgeführten Rechtsgedanken, die nach unserm

1) Cosack I S. 491d.
2) Dernburg BGB. § 208 Anm. 7; Crome § 231 Anm. 30.

Dafürhalten das Schenkungsrecht hinsichtlich der Rechtsgewährleistung beherrschen müssen. Der von den Protokollen[1] gegen die (für das römisch gemeine Recht auch hier vertretene) Unterscheidung zwischen Gattungs- und Spezieschenkung erhobene Vorwurf, „innerlich nicht gerechtfertigt" gewesen zu sein, fällt danach auf das BGB. zurück; denn die von den Protokollen zu Gunsten der Einteilung des BGB. in Schenkungen aus den eigenen Beständen des Schenkers und Schenkungsversprechen erst zu erwerbender Gegenstände versuchte Motivierung ist nichts weniger als geeignet, die innere Berechtigung dieser Einteilung darzutun. Weshalb der Schenker einer Gattungssache aus eigenen Beständen bei der Auswahl der zu liefernden Spezies sorgloser verfahren dürfte, als der Schenker eines erst zu erwerbenden Gegenstandes eben beim Erwerbe dieses Gegenstandes, weshalb ferner den Schenker einer erst zu erwerbenden Spezies die unerhört schwere Verpflichtung treffen soll, dem Beschenkten jedenfalls die Verschaffung des vollen Rechtes an dem bestimmten Gegenstande zu garantieren und — falls dies unmöglich geworden ist — Schadensersatz wegen Nichtverschaffung zu leisten, wo er doch — wie der Schenker eines Individuums aus eigenen Beständen nur so leisten will, wie er selbst hat — auch nur so liefern will, wie er selbst erwirbt,[2] — das alles sind Fragen, die die Protokolle offen lassen und auch wohl kaum befriedigend zu beantworten im Stande wären. Wir können daher

1) Prot. II S. 1660.
2) Schollmeyer S. 28/29.

Schollmeyer nur beistimmen, wenn er meint, dass die letztgenannte strenge Haftung am besten auf das Schenkungsversprechen erst zu erwerbender Gattungssachen beschränkt geblieben wäre: der normale Schenker wird stets glauben, seinem liberalen Vorhaben dadurch Genüge zu thun, dass er den Gegenstand überhaupt erwirbt; die Bekämpfung besonderer Schwierigkeiten beim Erwerbe, wie sie ihm aus der unbedingten Pflicht zur Rechtsverschaffung an individuell bestimmten Gegenständen — man kann sagen: in der Regel — erwachsen würden, liegt völlig ausserhalb seiner Berechnungen. Auf der anderen Seite aber hätten wir — über Schollmeyers Postulat hinausgehend — eine Gleichstellung aller Schenkungsversprechen generell bestimmter Gegenstände, gleichviel ob sie bereits vorhanden oder erst noch zu erwerben sind, für angezeigt gehalten. In beiden Fällen darf man annehmen, dass es der ursprünglichen Absicht des Schenkers gemäss ist, wenn der Beschenkte ihn auf Nachlieferung in Anspruch zu nehmen das Recht hat, da hier doch der Beschenkte ein Individuum von einwandfreier rechtlicher Beschaffenheit aus der Gattung bekommen sollte. Ein weitergehender Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erscheint mir dagegen auch unter der Herrschaft des BGB. als eine mit dem lukrativen Charakter der Schenkung unvereinbare Belastung des Schenkers, und zwar selbst in der gemilderten subsidiären Gestaltung, durch die das Gesetzbuch ein Mittelding zwischen dem von Windscheid befürworteten Wahlrecht und der hier vertretenen Ansicht, dass der Schenker

jedenfalls nur zur Nachlieferung heranzuziehen sei, geschaffen hat.

Wenn hier nun zum Schluss noch eine kurze Bemerkung de lege ferenda gestattet ist, so möchte ich erwähnen, dass ich aus meiner Beschäftigung mit der hier abgehandelten Frage die Überzeugung gewonnen habe, dass die grossen und die kleinen Schenkungen — mit Rücksicht auf die völlig verschiedenartige Auffassung, mit der die Parteien beiden Arten gegenüberstehen, — auch eine verschiedenartige Behandlung verdienten, wie es z. B. Reatz,[1] unter Hinweis auf ältere Rechte, für die Formvorschriften bei der Schenkung angeregt hat.

1) Reatz S. 212–220.

Anhang.

Die Abarten der Schenkung.

§ 15.

I. Die donatio remuneratoria und der § 534 BGB.

Entscheidend für die Frage, ob nach römisch-gemeinem Rechte der donator remunerationis causa wegen „Eviktion" hafte, ist die Beantwortung der Vorfrage, ob die donatio remuneratoria als eine reine Schenkung wie jede andere zu behandeln sei oder ob das besondere Motiv der Dankbarkeit ihr einen mehr onerosen Charakter verleihe. Die letztere Ansicht wurde besonders in älterer Zeit verfochten (z. B. von Tiraquell, gest. 1558,[1]) neuerdings wohl nur von Baron und Thibaut,[2] welch letzterer die donatio remuneratoria sogar als rein oneroses Geschäft bezeichnet. Wir schliessen uns dem nicht an, sondern behandeln die donatio remuneratoria (also auch bezgl. der Rechtsmängelhaftung des Schenkers) als gewöhn-

1) s. Glück Bd. 20 S. 241 und die dort Anm. 37 aufgeführten Namen.

2) Baron S. 124—25; Thibaut S. 64.

liche Schenkung);[1] denn „das Wesen der Schenkung ist von ihrem Motiv unabhängig, und so auch von dem Vergeltungsmotiv“[2]; denn wollte man erst die Motive berücksichtigen, so wäre eine scharfe Grenze zwischen eigentlicher und oneroser Schenkung überhaupt nicht mehr zu ziehen, da die Frage, ob das Motiv der Schenkung einen mehr onerosen Anstrich verleiht oder nicht, eine nur im Einzelfalle aus den Umständen heraus zu entscheidende Tatfrage ist.

Dem BGB. ist der Begriff der belohnenden Schenkung nicht geläufig. Die im § 534 genannten durch eine sittliche Pflicht oder Anstandsrücksichten gebotenen Schenkungen decken sich mit den belohnenden Schenkungen nur teilweise,[3] sind aber auch (von der Ausschliessung der Rückforderung und des Widerrufs abgesehen) wie gewöhnliche Schenkungen zu behandeln.

Die im § 534 BGB. geregelten Schenkungen erkannte wiederum das römische Recht als besondere Art nicht an.[4]

§ 16.

II. Die Schenkung mit Auflage.

1) Älteres Recht. Bei der Schenkung unter einer Auflage (mit Auflage) ist die Lage die gleiche, wie

1) ebenso Glück a. a. O.; Vangerow S. 338; Windscheid S. 357–58 (Ausnahme bei Lebensrettung!); Liebe S. 827; Koch II S. 407; Savigny S. 86–104, besonders S. 88; Dernburg S. 292 („in der Regel“) und 297.

2) Windscheid a. a. O.

3) Fischer-Henle Anm. 1 zu § 534 BGB.; Cosack I S. 498, 5.

4) Dernburg S. 292.

bei der donatio remuneratoria: auch hier ist die Entscheidung über das Wesen der donatio sub modo Voraussetzung für die Beurteilung der Frage nach der Rechtsgewährleistungspflicht des Schenkers; auch hier ist die Vorfrage Gegenstand einer Kontroverse. Wir entscheiden die letztere — im Gegensatze zu den älteren Juristen,[1] die in der donatio sub modo einen Innominatkontrakt, also ein vollkommen oneroses Geschäft sahen, — in dem Sinne, dass, soweit das Gegebene zur Erfüllung der Auflage verbraucht wird, die donatio sub modo wie ein oneroses Geschäft zu behandeln ist, soweit dies nicht der Fall ist, als reine Schenkung; dort kommen also die Grundsätze über die Rechtsgewährleistung bei onerosen Geschäften, hier die von uns für die Schenkung aufgestellten zur Anwendung.[2] Noch weiter geht Dernburg, der die donatio sub modo überhaupt nicht als besondere „Art" von Schenkung, sondern nur als gewöhnliche Schenkung gelten lassen will.[3]

2) BGB. Nach Hellwig[4] ist hier zwischen 2 Fällen zu unterscheiden:

a) der Schenker hat überhaupt noch nicht, oder aber er hat zwar geleistet, jedoch einen Gegenstand mit Mängeln im Rechte und hat diese Mängel nach § 523 Abs. II BGB. zu vertreten;

1) Glück S. 268 u. die dort von ihm in der Anm. Genannten; Liebe S. 827.

2) Koch I, S. 407; Baron S. 125; Savigny S. 280–288; Windscheid S. 358–9.

3) Dernburg S. 292 Anm. 16.

4) Hellwig S. 282–284.

b) der Schenker hat einen Gegenstand ohne Rechtsmängel geliefert oder aber einen solchen mit Rechtsmängeln, braucht diese Mängel aber wegen § 523 Abs. I BGB. nicht zu vertreten.

Im Falle a) liegt eine Leistung des Schenkers, wie der Beschenkte sie nach § 523 Abs. II BGB. zu beanspruchen hat, überhaupt nicht vor. Es kommt demgemäss der § 525 BGB. zur Anwendung, wonach der Beschenkte dem Anspruche des Schenkers auf Vollziehung der Auflage gegenüber ein (einredeweise geltend zu machendes) peremptorisches Verweigerungsrecht hat; denn „die Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage hat die Natur einer Obligation aus einem Realkontrakt".[1] Sie ist also noch garnicht vorhanden, solange nicht seitens des Schenkers eine Leistung vorliegt, wie der Beschenkte sie nach § 523 Abs. II BGB. zu beanspruchen hat. Ist also die Auflage im Falle a) schon vollzogen worden, so liegt darin die Erfüllung einer Nichtschuld: der Beschenkte kann das zur Erfüllung der Auflage Geleistete zurückfordern.

Neben diesem Verweigerungs- und Rückforderungsrechte stehen dem Beschenkten natürlich auch die Ansprüche auf „Beseitigung des Mangels", „Lieferung einer fehlerfreien Sache" und „Leistung des Schadensersatzes" wie bei jeder gewöhnlichen Schenkung zu. Solange der Schenker einem derselben nicht genügt hat, hat der Beschenkte stets das Verweigerungs- bezw. Rückforderungsrecht.

1) Hellwig S. 282.

Im Falle b) dagegen kann davon, dass der Schenker nicht geleistet hätte, keine Rede sein; das gilt selbst dann, wenn sich Rechtsmängel bei dem gelieferten Gegenstande herausstellen sollten; denn der Beschenkte hatte ja von vornherein keinen Anspruch auf einen Gegenstand, der ihm ein besseres Recht gewährt hätte. Der § 525 BGB., der dem Beschenkten ein peremptorisches Verweigerungsrecht vor und demgemäss ein Rückforderungsrecht nach Vollziehung der Auflage gewährt, falls der Schenker nicht in der vom Beschenkten **zu beanspruchenden** Weise geleistet hat, findet hier also keine Anwendung. Wohl aber gibt der § 526 BGB. den Beschenkten, solange der Schenker den Ausgleich zwischen Geschenk und Auflagewert noch nicht gegeben hat, eine dilatorische Einrede (Satz 1). Dieser steht aber in positiver Hinsicht kein Rückforderungsanspruch gegenüber, falls die Auflage bereits erfüllt wurde, sondern nur ein Anspruch auf Ausgleichung des Fehlbetrages zwischen dem Werte des Geschenkes und dem der Auflage, — ein Anspruch, der ausserdem davon abhängt, dass der Beschenkte den Rechtsmangel bei Vollziehung der Auflage nicht kannte (Satz 2). Daraus, dass — wie wir gesehen haben — diese Bestimmungen ihre Wurzel nicht darin haben können, dass der Schenker seiner Vorleistungspflicht nicht oder nicht ordentlich genügte, ergibt sich nun mit Notwendigkeit, dass wir im § 526 BGB. eine singuläre Bestimmung, einen positiven durch besondere Rücksichten diktierten Rechtssatz vor uns haben, und zwar haben wir diese

Rücksichten in dem unser ganzes modernes Rechtsleben beherrschenden Prinzip der Billigkeit zu suchen; denn auch in den Fällen, wo dem Beschenkten „nach den Schenkungsgrundsätzen“ ein Anspruch auf Rechtsgewährleistung nicht zusteht, „darf“ der Beschenkte „normaler Weise doch“ aus Billigkeitsrücksichten „erwarten“, dass „der Schenkungserfolg in einer mangelfreien Weise herbeigeführt werde“, zumal wenn ihm selbst eine Leistung (die Auflage!) zugemutet wird. Dem gibt das Recht Ausdruck, indem es bestimmt, dass zwar grundsätzlich in den Fällen des § 521 BGB. der Beschenkte nur „Vollziehung des Geschenks“ überhaupt „zu verlangen“ hat, „die Ausgleichung zu geben“, d. h. in unserem Falle: eine Leistung von derartiger rechtlicher Beschaffenheit zu bewirken, dass durch sie der Wert der Auflage mindestens erreicht wird, dagegen „im freien Belieben des Schenkers steht“, dass aber, solange die Ausgleichung nicht gewährt wird, der Beschenkte eine dies betonende dilatorische Einrede gegen den Anspruch auf Vollziehung der Auflage geltend machen kann.[1]

Es ergeben sich also mehrfache Unterschiede von den Bestimmungen des § 525 BGB. Dort (§ 525) stützt sich die Verweigerungseinrede auf das Vorhandensein von Rechtsmängeln, hier (§ 526) auf das Fehlen der Ausgleichung zwischen Geschenk- und Auflagewert; hier ist die Einrede folglich nur solange möglich, als dieser Ausgleich durch den Schenker

1) Hellwig S. 283.

noch nicht herbeigeführt wurde; sobald dies der Fall ist, hat der Beschenkte die Auflage zu vollziehen, ohne Rücksicht darauf, ob das Geschenk infolge von Rechtsmängeln in seinem Werte noch herabgesetzt erscheint oder nicht. Die Einrede aus § 526 Satz 1 soll nicht dazu dienen, den Schenker in den Fällen des § 523 Abs. I BGB. auf indirektem Wege noch zur Rechtsgewährleistung heranzuziehen.[1] Dort hingegen hat die Verweigerungseinrede die Bedeutung, den Schenker, der den Beschenkten auf Erfüllung der Auflage in Anspruch nimmt, anzuhalten, zunächst seinerseits einwandfrei zu erfüllen. — Weiter stellt sich aber, falls sich Rechtsmängel des geschenkten Gegenstandes ergeben, die geschehene Vollziehung der Auflage nach § 525 BGB. als Erfüllung einer Nichtschuld, nach § 526 BGB. als Erfüllung einer Verbindlichkeit dar, die im Augenblicke der Vollziehnng der Schenkung durch den Schenker giltig entstanden ist, gleichviel in welcher Art die Vollziehung erfolgte; eine giltige Verbindlichkeit „ist sie" auch „deshalb nicht weniger, weil der Schenker die Erfüllung einstweilen hätte ablehnen können". Eine Rückforderung des Geleisteten durch den Beschenkten, wie der § 525 sie zulässt, ist mithin nach § 526 BGB. ausgeschlossen. Wie aber nun, wenn der Beschenkte die Auflage in den Fällen des § 523 Abs. I BGB. bereits vollzog, ohne zu wissen, dass der geschenkte Gegenstand Rechtsmängel habe? Einen Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung hat er — wie schon

1) Crome S. 520 Anm. 21.

betont — gegen den Schenker nicht! — die Gelegenheit der dilatorischen Einrede aus § 526 Satz I hat er verpasst! — aber er hat sie verpasst ohne seine Schuld, und deshalb erfordern — soll die Wohltat des § 526 Satz I eine vollständige sein — dieselben Billigkeitsrücksichten, denen diese Wohltat ihre Entstehung verdankt, eine ergänzende Bestimmung des Gesetzes dahingehend, dass der Beschenkte in solcher Lage wenigstens keinen Schaden leide und deshalb eine Ausgleichung bis zur Höhe seiner „durch die Vollziehung" der Auflage „verursachten Aufwendungen verlangen" dürfe. Ohne diese Ergänzung würde die Vollziehung der Auflage in Verbindung mit der Nichthaftung des Schenkers wegen Rechtsmängel eine unbillige Bevorzugung des letzteren bedeuten.[1] Freilich im Irrtum muss der Beschenkte sich befunden haben; denn dieser ist der eigentliche Grund der Rücksicht, die das Recht ihm gegenüber übt.[2] Eine Vollziehung der Auflage trotz Kenntnis des Mangels wäre entweder eine Schenkung oder ein Verzicht des Beschenkten. „Falsche Kalküls des Beschenkten sind sein eigener Schaden!"[3]

Die Vergünstigungen des § 526 BGB. treten für den Beschenkten ein, gleichviel, ob er das Geschenk in Kenntnis des Mangels oder ohne diese Kenntnis annahm.

Diese den Ausführungen Hellwigs folgende Erklärung der Stellung des mit einer Auflage beschwerten

1) Crome S. 520.
2) Hellwig S. 284—85.
3) Crome S. 519 Anm. 17.

Beschenkten im Falle der Rechtsmangelhaftigkeit des Geschenkes ermöglicht uns, den §§ 525, 526 ein einheitliches Prinzip zu Grunde zu legen und somit den von Schollmeyer[1] gegen diese Gesetzesstelle erhobenen Vorwurf der Prinziplosigkeit zu entkräften.[2]

§ 17.

Die Schenkung von Todeswegen.

1) Älteres Recht. Der Begriff der donatio mortis causa war für das römisch-gemeine Recht äusserst bestritten; die einen wollten sie dem Schenkungsrecht, andere dem Vermächtnisrecht unterstellen.

Die Gründe beider Ansichten an dieser Stelle zu prüfen, würde zu weit führen. Es sei daher nur kurz gesagt, dass wir der erstgenannten Meinung deshalb den Vorzug geben, weil die donatio mortis causa doch immerhin wie die donatio inter vivos eine „gegenwärtige Vermögensbereicherung" darstellt, jenachdem sie den geschenkten Gegenstand selbst oder doch wenigstens die Anwartschaft auf ihn sofort auf den Schenker überträgt.[3] Demgemäss kommen auch die für die Rechtsmängelhaftung des Schenkers bei der donatio inter vivos oben aufgestellten Grundsätze zur Anwendung.

2) BGB. Ausgehend von der Erwägung, dass „die Formen der testamentarischen und vertragsweisen

1) Schollmeyer S. 31—32.
2) s. auch Fabian S. 51—55.
3) Baron S. 740.

Zuwendung von Todeswegen sowie die Vorschriften über Schenkungen" ausreichend seien, „um der Betätigung jeder Willensmeinung der Beteiligten Raum zu lassen"[1], haben die Verfasser des BGB. die die Schenkung von Todeswegen als besonderes Rechtsinstitut beseitigt. Nach § 2301 BGB. ist nämlich eine unter der Bedingung[2], dass der Beschenkte den Schenker überlebe, sofort vollzogene Schenkung wie eine Schenkung unter Lebenden zu behandeln (Abs. II), ein unter der gleichen Bedingung abgegebenes Schenkungsversprechen den Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen zu unterstellen (Abs. I), — beides auch hinsichtlich der Gewährleistungspflicht des Schenkers wegen Mängel im Rechte. Im ersten Falle genügt indes nicht die „Herbeiführung der den Beschenkten bereichernden Rechtsänderung, sondern dieser muss die Leistung auch als Schenkung annehmen".[3] Im übrigen ist nach § 518 BGB. für Schenkungen auf den Todesfall dieser Art die Beobachtung einer Form nicht vorgeschrieben. Anders im Falle des § 2301 Abs. I BGB. Hier gelten, da ein solches Schenkungsversprechen als Erb- (vermächtnis-) -vertrag anzusehen ist, die strengen Formerfordernisse des § 2276 BGB. Wie nun aber, wenn diese nicht inne gehalten wurden und der Schenker das an sich ungültige Versprechen noch zu seinen Lebzeiten vollzieht? Welche Bedeutung hat überhaupt dieser Vollzug vor Eintritt der Bedingung, also noch vor dem

1) Mot. V S. 350.
2) Hellwig S. 593 Anm. 212.
3) Hellwig S. 593.

Tode eines Beteiligten? M. E. ist hier der Grund, weshalb das Schenkungsversprechen auf den Todesfall dem Rechte der letzwilligen Verfügungen unterstellt wurde, nämlich der Umstand, dass es „nicht etwa eine bedingte Verpflichtung des Schenkungsversprechenden, die auf den Erben übergeht, begründet, sondern die Vermächtnisverpflichtung erst für diesen entsteht", hinweggefallen: denn „eine Erfüllungspflicht des Erben, in der die Wirkung des Vermächtnisvertrages sich erschöpfen muss" [1], besteht hier nicht. Wir haben hier also eine Schenkung im Sinne des § 2301 Abs. II vor uns, gleichviel ob die Vollziehung im Verfolg des bedingten Sckenkungsversprechens (solvendi causa) erfolgte oder unabhängig von diesem (donandi causa). Auch hier finden also die Regeln über die Schenkung unter Lebenden Anwendung, gleichviel ob also ein Schenkungsversprechen vorangeht oder nicht, ob es giltig war oder ungiltig: Immer behält also beim Vollzuge einer Schenkung auf den Todesfall auch das über die Rechtsgewährleistung bei der Schenkung unter Lebenden Gesagte seine Giltigkeit.

Dem entgegen verweist uns bezgl. der Rechtsmängelhaftung des eine Schenkung auf den Todesfall Versprechenden der § 2301 Abs. I BGB. in Verbindung mit § 2279 BGB. auf die diesbezüglichen Bestimmungen des Vermächtnisrechtes. Hier kommt es nun darauf an, ob es sich um das Vermächtnis eines zur Erbschaft gehörigen Gegenstandes, um ein Gattungs- oder ein Verschaffungsvermächtnis handelt.

---

1) Hellwig S. 594—95.

Beim Vermächtnis eines Gegenstandes aus der Erbschaft ist eine Rechtsgewährleistung seitens des Erben nach § 2165 Abs. I Satz 1 BGB. ausgeschlossen, wofern nicht eine gegenteilige Absicht des Erblassers erkennbar ist („im Zweifel"). Ist dies aber der Fall, so gehört die Beseitigung der Belastung durch Rechte Dritter zur Erfüllung der Erbenpflichten, hat also mit Gewährleistung wegen Rechtsmängel nichts zu tun. Auf das Schenkungsversprechen von Todeswegen finden diese Vorschriften mit der Modifikation Anwendung, dass eine Belastung durch den Schenker in doloser Absicht dem Beschenkten einen Anspruch gegen den Erben des Schenkers auf Beseitigung des Rechtsmangels gibt (§ 2288 Abs. II BGB.), an dessen Stelle im Falle der Unmöglichkeit der Beseitigung oder mit ihr verbundener, unverhältnismässiger Schwierigkeiten nach § 2170 Abs. II BGB. eine Forderung auf Wertersatz tritt.

Beim Gattungsvermächtnis hat nach § 2182 BGB. der Vermächtnisnehmer, falls der Erbe ihm nicht einen von Rechten Dritter freien Gegenstand der vermachten Gattung verschafft (§§ 433 Abs. I, 434/37 BGB.), die Rechte eines Käufers, also eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung (§§ 440 Abs. II—IV, 441—444 BGB.). Das Rücktrittsrecht des Käufers kommt hier sicher nicht in Frage, da es an einer Gegenleistung des Beschenkten fehlt, deren durch die eventl. Ausübung des Rücktrittsrechts ermöglichte Rückforderung ihre Schatten vorauswerfen und so einen Druck auf den Erben des Schenkers ausüben könnte.

Das Verschaffungsvermächtnis ist nach BGB. § 2169 nur dann wirksam, wenn der Erblasser dem Bedachten einen bestimmten nicht zur Erbschaft gehörigen Gegenstand ohne Rücksicht auf diesen Umstand (also jedenfalls) zuwendet. In solchem Falle hat der Beschwerte dem Bedachten gegenüber eine Verschaffungspflicht nach dem Vorbilde des Kaufrechtes (§§ 2170 Abs. I, 2182 Abs. II u. I, 433 Abs. I, 434—437 BGB.), falls nicht eine gegenteilige Bestimmung seitens des Schenkers (Erblassers) getroffen worden ist (§ 2182 Abs. II BGB.) Ist die Verschaffung mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten verknüpft bezw. ganz unmöglich, so ermässigt sich diese Verschaffungspflicht nach § 2170 Abs. II BGB. in der Weise, dass der Beschwerte nunmehr den Wert des vermachten Gegenstandes zu ersetzen hat.[1]

1) Cosack II S. 790,2 d.